Die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften

Eine Untersuchung
der öffentlich-rechtlichen Problematik

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Reinhardt Berner
aus Verden/Aller

Göttingen 1975

Die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften

Eine Untersuchung
der öffentlich-rechtlichen Problematik

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Reinhardt Berner
aus Verden/Aller

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Prof. Dr. F. Gamillscheg

Mitberichterstatter : Prof. Dr. A. Sattler

Tag der mündlichen Prüfung : 13. Februar 1975

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Abkürzungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Einleitung und Problemstellung 1

A. Die sachliche Problematik 1

B. Die rechtliche Problematik 5

C. Der Gang der Darstellung 6

1. Abschnitt: 9

Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG 9

I. Problemstellung 9

II. Art. 9 Abs. 3 GG und kommunale Eigengesellschaften 10

1. Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG und erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften 11

2. Gegengewichtsprinzip, Gegnerunabhängigkeit und paritätische Mitbestimmung 13

a) Zur Terminologie 13

b) Der Diskussionsstand 14

3. Stellungnahme 17

a) Die formale und funktionale Betrachtungsweise 17

b) Die funktionale Betrachtungsweise 18

(1) Der Gedanke der Sozialpartnerschaft - Einwände - 19

4. Die These von der Unvereinbarkeit von Art. 9 Abs. 3 GG und paritätischer Mitbestimmung 20

III. Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag 22

1. Der Gedanke der Funktionstrennung 23

2. Die praktische Durchsetzbarkeit 23

3. Funktionstrennung und Art. 9 Abs.3 GG 24

4. Die Auswirkungen im einzelnen 26

a) Die Verbandsautonomie 26

b) Das Tarifvertragssystem 27

Seite

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes 30

2. Abschnitt:

Verstößt die Einführung der erweiterten Mitbestimmung durch die Kommunen gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens? 32

I. Problemstellung 32

II. Begründung für die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten 33

1. Vergleichbarkeit Verhältnis Bund-Länder und Bund-Gemeinden? 33

a) Bedenken aus Art. 28 Abs. 2 GG 34

b) Bedenken aus der unterschiedlichen Stellung von Ländern und Gemeinden 35

2. Ableitung aus Treu und Glauben 35

3. Stellungnahme 36

4. Ableitung aus der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes 37

a) Normative Anknüpfungspunkte im Verhältnis Bund-Länder 37

b) Bindung der Gemeinden als Teil der Länder 39

5. Verhältnis zur Selbstverwaltungsgarantie und allgemeinen Staatsaufsicht 41

a) Eigener und übertragener Wirkungskreis 41

b) Sogenannte res mixtae 42

III. Schlußfolgerungen 44

1. Das Ergebnis von Ossenbühl 45

2. Stellungnahme und eigenes Ergebnis 45

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes 47

Seite

3. Abschnitt: 49

Verstoß gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes 49

I. Problemstellung 49

II. Übertragbarkeit der in Bund und Ländern geltenden Grundsätze auf die Gemeindeverfassung 51

1. Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip im Grundgesetz 51

a) Die funktionale Selbstverwaltung 51

b) Die ministerialfreie Verwaltung 52

c) Grenzen der Aufgabe parlamentarischer Kontrollbefugnisse 53

2. Die vom Grundgesetz vorgeformte Gemeindeverfassung 55

a) Unterschiede zwischen Staats- und Gemeindeverfassung 55

b) Gewaltenteilung auf Gemeindeebene 56

3. Demokratieprinzip und Delegation von Verwaltungsaufgaben als Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen 59

a) Delegation auf der Ebene des Staates 60

(1) Staatliche, öffentliche und private Aufgaben 61

(2) Grenzen staatlicher Souveränität bei der Inanspruchnahme von Aufgaben 65

(3) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG 67

b) Ingerenzpflichten des Staates 68

c) Die verschiedenen Formen der Beteiligung Privater 71

d) Echte und unechte Delegation 76

e) Übertragbarkeit der auf staatlicher Ebene geltenden Grundsätze auf den kommunalen Bereich 77

(1) Versorgung und Verkehr als Selbstverwaltungsangelegenheiten 79

f) Ingerenzpflichten der Gemeinde 81

(1) Die die Gemeinde als Ganzes treffende Erfüllungsverantwortung 82

Seite

(2) Plebiszitäre und repräsentative Elemente der Gemeindeverfassung 83

(3) Das Prinzip der Volksvertretung 87

(4) Der Grundsatz demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns 89

4. Folgerungen für die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften 91

a) Die nicht delegationsfähigen Entscheidungen 91

b) Möglichkeiten zur Durchsetzung der Erfüllungsverantwortung 92

c) Schlußfolgerungen für die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle 94

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes 95

4. Abschnitt: 96

Die gemeinderechtliche Problematik 96

I. Die von den Gemeindeorganen zwingend zu wahrenden Einflußrechte 96

1. Problemstellung 96

2. Gemeinderecht und Ingerenzpflicht 97

a) Positivrechtliche Bestimmungen in den Gemeindeordnungen 97

b) Öffentlicher Zweck und Ingerenzpflicht 98

c) Ingerenzpflicht aufgrund öffentlicher Aufgabenträgerschaft 100

3. Staatliche oder kommunale Ingerenzrechte? 103

a) Sinn und Zweck staatlicher Ingerenzrechte 103

b) Unterschiede zwischen privaten und kommunalen Unternehmen 104

4. Wege zur Durchsetzung gemeindlichen Einflusses 106

5. Ingerenzrechte aufgrund von Beherrschungsverträgen 106

Seite

6. Ingerenzrechte aufgrund von Konzessionsverträgen 107

7. Ingerenzrechte aufgrund von Weisungen an die kommunalen Organwalter 109

a) Problemstellung 109

b) Umfang der Weisungsrechte gegenüber gemeindlichen Organwaltern 111

c) Weisungsrecht gegenüber den nach § 101 Abs. 2 Akt G entsandten Organwaltern 113

d) Schlußfolgerungen für die erweiterte Mitbestimmung 115

II. Zusammenfassung der Ergebnisse des 4. Abschnittes 118

Schlußbemerkungen 119

ABKÜRZUNGEN

Grundsätzlich werden die in Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2.Aufl., Berlin 1968 angegebenen Abkürzungen verwendet.

Ergänzend:
HBKWP: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis.
ZfA: Zeitschrift für Arbeitsrecht

LITERATURVERZEICHNIS

Bachof, Otto:	Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR Bd.83, 208-279.
Badura, Peter:	Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht, JuS 1966, 17-21.
Ballerstedt, Kurt:	Rechtsform gemeindlicher Einrichtungen, DÖV 1951, 449-453.
Bartholomeyczik, Horst:	Äquivalenz, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip, AcP 166 (1966), 30-75.
Baumbach, Adolf - Hueck, Alfred u.Götz:	Aktiengesetz, 13.Aufl., München 1968.
Baumbach, Adolf - Hueck, Alfred:	GmbH - Gesetz, 12.Aufl., München und Berlin 1966.
Bayer, Hermann-Alfried:	Die Bundestreue, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.4, Tübingen 1961.
Becker, Erich:	Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, HBKWP, 1.Bd.(1956), 113-183.
Becker, Erich:	Kommunale Selbstverwaltung, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte IV/2, Berlin 1962, 672-739.
Berkemann, Jörg:	Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, Dissertation Hamburg 1966.
Bericht der Sachverständigenkommission	Zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung, Deutscher Bundestag, 6.Wahlperiode, Drucksache VI/334.
Biedenkopf, Kurt-H.:	Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964.
Biedenkopf, Kurt-H.:	Mitbestimmung im Unternehmen, RdA 1970, 129-136.
Biedenkopf, Kurt-H.:	Mitbestimmung im kommunalen Bereich, Vortrag, gehalten am 22.Juni 1970 in Hannover, Manuskript vervielfältigt.

Biedenkopf, Kurt-H.:	Auswirkungen der Unternehmensverfassung auf die Grenzen der Tarifautonomie, in Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S. 79-105.
Biedenkopf, Kurt-H.-Säcker, Franz-Jürgen:	Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen, ZfA 1971, 211-271.
Bonner Kommentar:	(Kommentar zum Bonner Grundgesetz), Bd.2, Loseblattsammlung, Hamburg 1950 ff.
Brohm, Winfried:	Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 21, Stuttgart u.a.1969.
Dagtoglou, Prodomos:	Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964.
Dagtoglou, Prodomos:	Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DÖV 1970, 532-537.
Depenbrock, Johannes:	Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft. München und Berlin 1961.
Dietz, Rolf:	Die Koalitionsfreiheit, in:Bettermann-Nipperdey-Scheuner,Die Grundrechte III/1, Berlin 1958, 417-473.
Ellwein, Thomas:	Mitbestimmung im öffentlichen Dienst-eine Gefahr für den Staat? Godesberger Taschenbücher Nr. 3 (1969), 11-27.
Emmerich, Volker:	Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970, 332-338.
Emmerich, Volker:	Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt 1970.
Fischerhof, Hans:	Daseinsvorsorge und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, 41-46.
Fischerhof, Hans:	Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305-320.

Fischerhof, Hans:	Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Bd.2, Gräfelfing 1966.
Fitting, Karl- Auffahrt, Fritz:	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 10. Aufl., München 1972.
Forsthoff, Ernst:	Der Entwurf eines zweiten Vermögensbildungsgesetzes, BB 1965, 381-392.
Forsthoff, Ernst:	Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938.
Forsthoff, Ernst:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.
Gamillscheg, Franz:	Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.
Gamillscheg, Franz:	Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, in: Schriftenreihe der Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, Bd. 11, Hannover 1968.
Gallwas, Hans-Ulrich:	Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Heft 29 (1970), 211-233.
Geßler, Ernst- Hefermehl, Wolfgang- Eckardt-Kropff, Bruno:	Aktiengesetz, 1. Lieferung (§§ 1-22), München 1973.
Geßler, Ernst- Hefermehl, Wolfgang- Eckardt-Kropff, Bruno:	Aktiengesetz, 2. Lieferung, München 1973.
Gönnewein, Otto:	Gemeinderecht, Tübingen 1963.
Hanau, Peter:	Was bedeutet paitätische Mitbestimmung für das kollektive Arbeitsrecht? BB 1969, 760-764.
Herschel, Wilhelm:	Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 1965, 81-86.
Hensche, Detlef:	Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, Arb. u. R 1971, 33-46.

Herschel, Wilhelm:	Zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, Berlin 1959, 125-137.
Hesse, Konrad:	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., Karlsruhe 1973.
Hesse, Konrad:	Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962.
Huber, Ernst-Rudolf:	Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, Stuttgart u.a. 1970.
Huber, Ernst-Rudolf:	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1.Bd., Tübingen 1953.
Hueck, Alfred:	Erweiterung des Mitbestimmungsrechts durch Tarifvertrag, BB 1952, 925-928.
Hueck, Alfred-Nipperdey, Hans Carl:	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2.Bd., 1.Halbband, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt 1966.
Hueck, Alfred-Nipperdey, Hans Carl-Säcker, Franz-Jürgen:	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2.Bd., 2.Halbband, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt 1970.
Hueck, Alfred-Nipperdey, Hans Carl-Stahlhacke, Eugen:	Tarifvertragsgesetz, 4.Aufl., München und Berlin 1964.
Ipsen, Hans Peter:	Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, 141-161.
Ipsen, Hans Peter:	Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und Aktienrechts, JZ 1955, 593-601.
Isensee, Josef:	Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.80, Berlin 1968.
Jansen, Leopold-Josef:	Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen und der Grundsatz der Gewaltenteilung, DÖV 1954, 328-330.

v. Kempis, Karl-Friedrich:	Die Treuepflicht zwischen Gemeinden und Staat und der Gemeinden untereinander, Dissertation, Köln 1970.
Klein, Hans-H.:	Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, in: res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd.18, Stuttgart u.a. 1968.
Klein, Hans-H.:	Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, 755-759.
Kottenberg, Kurt- Rehn, Erich:	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 8.Aufl., Siegburg 1968.
Köttgen, Arnold:	Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd.1, Karlsruhe 1960, 577-618.
Köttgen, Arnold:	Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961.
Krüger, Herbert:	Allgemeine Staatslehre, 2.Aufl., Stuttgart 1966.
Maunz, Theodor- Dürig, Günter- Herzog, Roman:	Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung Bd. 1 und 2, München und Berlin 1966 f.
v. Mangoldt, Hermann- Klein, Friedrich:	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd.1, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1957.
Mayer-Maly, Theo:	Grundsatzfragen zum Berufsverbandsrecht, DB 1966, 821-824.
Mayer, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht, 2.Bd., 3.Aufl., München und Leipzig 1924.
Mitbestimmung - eine Forderung unserer Zeit-	Denkschrift, hrsg. vom DGB, in: Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, 289-359.

Müller, Gerhard:	Tarifvertrag und Mitbestimmung, in: Kleine Schriften zur Sozialpolitik und zum Arbeitsrecht, Heft 4, 1953.
Müller, Klaus:	Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte, Verw.Arch.Bd.54, 170-197.
Muntzke, Hans- Schlempp, Hans:	Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, 1.Bd., Bad Homburg und Berlin 1954.
Leibholz, Gerhard- Rinck, Hans-Justus:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4.Aufl., Köln-Marienburg 1971.
Leisner, Walter:	Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn, Bad Godesberg 1970.
Leisner, Walter:	Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR Bd.93, 161-199.
Luersen, Karl- Neuffer, Martin:	Niedersächsische Gemeindeordnung, Loseblattsammlung, 2.Aufl., Wiesbaden 1961 ff.
Ludwig, Wolfgang:	Mitbestimmung in Kommunal-Unternehmen, Die demokratische Gemeinde 1974, 482-484.
Neumann-Duesberg, Horst:	Betriebsverfassungsrecht, Ein Lehrbuch, Berlin 1960.
Nikisch, Artur:	Arbeitsrecht, 2.Bd., 2.Aufl., Tübingen 1959.
Nipperdey, Hans Carl:	Mitbestimmung im öffentlichen Dienst und parlamentarische Verantwortlichkeit, Rechtsgutachen 1952, hrsg. vom Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV.
Ossenbühl, Fritz:	Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Rechtsgutachten 1972, hrsg. vom Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV.
Ossenbühl, Fritz:	Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Heft 29 (1970), 137-209.

Pagenkopf, Hans:	Kommunalrecht, Köln u.a. 1971.
Peters, Hans:	Öffentliche und staatliche Aufgaben, Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, 877-895.
Potthoff, Erich:	Zur Geschichte der Mitbestimmung, in: Zwischenbilanz der Mitbestimmung, 1-54, hrsg. von der Hans-Böckler-Gesellschaft, Tübingen 1962.
Püttner, Günter:	Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften, Bd.19, Stuttgart u.a. 1967.
Püttner, Günter:	Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen unter dem Grundgesetz, Rechtsgutachten, Frankfurt am Main 1972.
Raiser, Thomas:	Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden, RdA 1972, 65-73.
Reuß, Wilhelm:	Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit, in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, 269-289.
Richardi, Reinhard:	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifhoheit, RdA 1964, 362-368.
Richardi, Reinhard:	Die Stellung des Arbeitskampfes in der gesamtwirtschaftlichen Rechtsordnung, RdA 1966, 241-249.
Rüfner, Wolfgang:	Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.44, Berlin 1967.
Rupp, Hans-Heinrich:	Privateigentum an Staatsfunktionen? in: Recht und Staat, Heft 278, Tübingen 1963.
Rupp, Hans-Heinrich:	Zur Problematik öffentlich-rechtlicher Machtpotenzierung durch Funktionenkombination, NJW 1968, 569-573.

Säcker, Franz-Jürgen:	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969.
Salzmann, Heinrich-Schunck, Egon:	Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2.Aufl., Siegburg 1955.
Salzwedel, Jürgen:	Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, AfK 1 (1962), 203-220.
Salzwedel, Jürgen:	Wege- und Verkehrsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von v.Münch, 2.Aufl., Bad Homburg u.a. 1970.
Seeberger, Werner:	Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, DStG 1961, 535-538.
Siebert, Wolfgang:	Privatrecht im Bereich der Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, 215-247.
Siedentopf, Heinrich:	Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, in: Verwaltung und Wirtschaft, Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien, Heft 30 (1963).
Söllner, Alfred:	Arbeitsrecht, 3.Aufl., Stuttgart 1972.
Suren, Karl Friederich-Loschelder, Wilhelm:	Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar, Berlin 1940.
Suren, Karl Friederich:	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd.2, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln u.a. 1960.
Scheuner, Ullrich:	Gemeindeverfassung und kommunale Aufgabenstellung in der Gegenwart, AfK 1 (1962), 149-178.
Schnorr, Gerhard:	Der Koalitionsbegriff in der Montanindustrie, RdA 1954, 166-170.
Schwerdtfeger, Gunther:	Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt 1972.

Stein, Ekkehart:	Der verfassungsrechtliche Spielraum für eine Reform des Personalvertretungsrechts, Arb u. R 1973, 225-233.
Steiner, Udo:	Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970, 526-532.
Stern, Klaus:	Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, AfK 3 (1964), 81-102.
Stern, Klaus:	Kommunalwirtschaft und Verfassungsrecht, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 44 (1970).
Stern, Klaus- Püttner, Günter:	Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität -, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften, Bd.8, Stuttgart u.a. 1965.
Stuber, Gerhard:	Bedeutung und Aufgabe kommunaler Unternehmen, in: Gemeindewirtschaft und Unternehmerwirtschaft, Festgabe für Rudolf Johns, Göttingen 1965, 247-267.
Thieme, Werner:	Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (Art. 33 GG), Göttingen 1961.
Thieme, Werner:	Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zur Erweiterung der Mitbestimmung, in kommunalen Eigengesellschaften, unveröffentlicht, Hamburg 1970.
v. Unruh, Georg-Christoph:	Gemeinderecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg. von v.Münch, 2.Aufl., Bad Homburg u.a. 1970.
Vogel, Klaus:	Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959.
Weber, Werner:	Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965.
Weber, Werner:	Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2.Aufl., Göttingen 1967.

Weber, Werner- Scheuner, Ullrich- Dietz, Rolf:	Koalitionsfreiheit, Drei Rechtsgutachten, Berlin und Frankfurt 1961.
Wolff, Hans-J.:	Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, AfK 2 (1963), 149-174.
Wolff, Hans-J.:	Verwaltungsrecht I, 8.Aufl., München 1971.
Wolff, Hans-J.:	Verwaltungsrecht II, 3.Aufl., München 1970.
Zöllner, Wolfgang- Seiter, Hugo:	Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz, Köln u.a. 1970.

Einleitung und Problemstellung

A. Die sachliche Problematik

Die allgemeine Mitbestimmungsdiskussion ist in eine entscheidende Phase getreten, seitdem der Gesetzentwurf der SPD-FDP-Regierung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in großen Unternehmen am 20. Juni 1974 im Deutschen Bundestag in erster Lesung behandelt wurde. Er sieht vor, daß in Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern die Aufsichtsratssitze paritätisch mit Vertretern der Kapitaleigner und der Arbeitnehmer besetzt werden. In der politischen Diskussion werden naturgemäß politische und rechtliche Argumente miteinander vermengt[1]. Stehen in politischer Hinsicht die Rolle der leitenden Angestellten sowie die Einbeziehung der sogenannten Tendenzbetriebe im Vordergrund, so werden in rechtlicher Hinsicht seit jeher Bedenken gegen die Vereinbarkeit der paritätischen Mitbestimmung mit den Art. 9 Abs. 3 und 14 GG geäußert[2].

Auch für die kommunale Verkehrs- und Versorgungsunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder GmbH wird ein eventuelles Mitbestimmungsgesetz des Bundes gelten, sobald sie über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Gleichwohl gibt es in diesem Bereich seit der Rahmenempfehlung für die Ausweitung der Mitbestimmung in den Eigengesellschaften der Gebietskörperschaften der Gewerkschaft ÖTV vom 25./26. Mai 1970[3] umfangreiche Initiativen zur Einführung der erweiterten Mitbestimmung, die sich im Gegensatz zu dem Gesetzentwurf

---

1) Vgl. die Aufsätze von Diether Stolze, Arbeitsminister Walter Ahrendt und Innenminister (damals Sonderminister) Werner Maihofer in den Ausgaben der Wochenzeitung "Die Zeit" vom 1.2., 8.2. und 15. 2. 1974.

2) Vgl. E.R. Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung; Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz; Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs.3 GG; Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 211 f.; Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst.

3) Diese Rahmenempfehlung geht dahin, daß die paritätische Besetzung des Aufsichtsrates in der Satzung der Gesellschaft festgelegt wird und die Zuwahl der über das Drittel nach dem Betriebsverfassungsgesetz hinaus zu bestellenden Arbeitnehmervertreter durch Stimmbindungsvertrag rechtlich abgesichert wird.

auf alle kommunalen Eigengesellschaften unabhängig von der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer erstrecken. Dabei wird so verfahren, daß die Stadt mit der Gewerkschaft einen Stimmbindungsvertrag abschließt, in dem sie sich verpflichtet, aufgrund ihrer Stellung als Alleinaktionär oder -gesellschafter in der Haupt- bzw. Gesellschaftsversammlung dem Aufsichtsrat so viele Arbeitnehmervertreter hinzuzuwählen, bis dieser mit einer gleichen Anzahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern besetzt ist. In der Praxis haben sich auf diesem Wege zwei graduell voneinander abweichende Mitbestimmungsmodelle entwickelt:
Erstens die volle paritätische Mitbestimmung, die einen mit gerader Zahl besetzten Aufsichtsrat voraussetzt. So hat z.B. die Stadt Kiel für ihre drei Versorgungs- bzw. Verkehrsunternehmen mit der Gewerkschaft ÖTV und der DAG einen Stimmbindungsvertrag folgenden Inhalts geschlossen:[1)]

§ 1

"Die Stadt Kiel wird ihrem Vertreter in der Gesellschafterversammlung zur Aufsichtsratswahl der Versorgung- und Verkehr Kiel-GmbH, ebenso in den Hauptversammlungen der Stadtwerke Kiel AG und der Kieler Verkehrs-AG die Weisung erteilen, seine Stimme so abzugeben, daß im Umfange von 1/6 der Aufsichtsratsmandate solche Aufsichtsratsmitglieder oder Ersatzmitglieder gewählt werden, die zuvor analog den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes gewählt wurden."

Zweitens die qualifizierte Mitbestimmung[2)] (sog. Oberbürgermeister-Modell). Hierbei werden zwar auch eine gleiche Anzahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern gewählt, jedoch wird in Anlehnung an den neutralen Mann bei der Montanmitbestimmung als 11., 15. und 21. Mann der jeweilige Oberbürgermeister der Stadt gewählt. Als Beispiel für dieses Mitbestimmungsmodell sollen die von der Stadt Duisburg

---

1) Hiergegen hat die Stadt Kiel Klage vor dem Verwaltungsgericht Kiel erhoben, die jedoch mit Urteil vom 13.9. 1972 abgewiesen wurde; vgl. Ludwig, Die demokratische Gemeinde 1974, 483.
2) Unter erweiterter Mitbestimmung werden im folgenden beide Modelle verstanden.

geschlossenen Stimmbindungsverträge dienen, die in der Diskussion insofern eine besondere Rolle spielen, als sie infolge einer Beanstandung durch die Aufsichtsbehörde bereits einem gerichtlichen Verfahren nach § 80 VwGO unterworfen wurden[1]:

"Präambel

Der Aufsichtsrat der Stadtwerke Duisburg AG bzw. der Duisburger Verkehrs-AG hat nach der derzeit geltenden Satzung 15 Mitglieder. Hiervon werden 5 Mitglieder nach den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, 10 Mitglieder direkt oder unmittelbar aufgrund von Entscheidungen der Stadt gewählt. Die Vertragsparteien sind sich bewußt, daß die Verwirklichung dieses Vertrages dem Gemeinwohl dienen soll. Sie betrachten die Mitbestimmung der Arbeitnehmer als einen integrierten Bestandteil der Leitung des auf das Gemeinwohl ausgerichteten und einen dringenden öffentlichen Zweck entsprechenden Versorgungsunternehmens.

§ 1

1. Die Stadt verpflichtet sich, darauf hinzuwirken, daß - jeweils - zwei Arbeitnehmervertreter zu Mitgliedern des Aufsichtsrates der Stadtwerke Duisburg AG bzw. Duisburger Verkehrs-AG gewählt werden; davon steht mindestens ein Arbeitnehmervertreter nicht in einem ständigen Arbeits-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zu der Stadtwerke Duisburg AG bzw. Duisburger Verkehrs-AG.

2. Der Deutsche Gewerkschaftsbund wird hierzu, nach Abschluß der Wahlen gem. § 76 BetrVerfG der Stadt einen gemeinsamen Vorschlag der Vertreter der Arbeitnehmer unterbreiten.

3. Der Vorschlag kann von der Stadt zurückgewiesen werden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 5 nicht vorliegen. In diesem Fall ist den Vertretern der Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, der Stadt durch den Deutschen Gewerkschaftsbund einen neuen Vorschlag vorlegen zu lassen. Wird nach Aufforderung innerhalb angemessener

---

1) Vgl. VG Düsseldorf, DVBl 1971, 225 f. sowie neuerdings VG Gelsenkirchen, Die demokratische Gemeinde 1974, 395.

Frist kein Vorschlag eingereicht, so ist die Stadt bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nach Absatz 1 frei.

4. Bei vorzeitigem Ausscheiden dieser Mitglieder des Aufsichtsrates wird entsprechend der Regelung in den vorstehenden Absätzen verfahren. In besonderen Fällen sind die Vertragsparteien bereit, vor Ablauf der Wahlzeit auf eine Neuwahl hinzuwirken, insbesondere, wenn wesentliche Voraussetzungen, die zum Vorschlag geführt haben, entfallen sind.

5. Die Vertreter der Arbeitnehmer werden nur solche Kandidaten vorschlagen, die willens und in der Lage sind, die sich aus §§ 116, 93 Akt G ergebenden Pflichten zu erfüllen und in diesem Rahmen die mit dem Betrieb eines gemeindlichen Versorgungsunternehmens verbundenen öffentlichen Zwecke entsprechend der Gemeindeordnung zu wahren und sich hierzu vorher bereiterklärt haben. Die unter Beachtung des Absatzes 2-4 gewählten Arbeitnehmervertreter werden insbesondere auf die Empfehlungen der Stadt zu Entscheidungen des Aufsichtsrates in ihre Erwägungen einbeziehen.

§ 2

Als 15. Aufsichtsratsmitglied wird die Stadt den jeweiligen Oberbürgermeister wählen".

Es folgen noch Bestimmungen, die das zeitliche Inkrafttreten der Verträge betreffen; der Vertrag hinsichtlich der Duisburger Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mit beschränkter Haftung hat den gleichen Wortlaut.

Neben Kiel und Duisburg haben noch folgende Städte die paritätische bzw. qualifizierte Mitbestimmung eingeführt: Hamburg, Wiesbaden, Hannover, Frankfurt, Dortmund, Hanau, Bremerhaven und Nürnberg; nach Auskunft der Gewerkschaft ÖTV ist in 7 Städten und 12 Eigengesellschaften die qualifizierte, in 4 Städten und 7 Eigengesellschaften die volle paritätische Mitbestimmung eingeführt worden; für 1974 erwartet die ÖTV Ratsbeschlüsse in den Städten Bielefeld, Essen, Leverkusen, Ludwigshafen und Mannheim.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, daß nicht in allen Fällen ein Stimmbindungsvertrag als rechtliches Instrument zur Einführung der Mitbestimmung gedient hat; vielmehr hat in einzelnen Fällen der Rat der Stadt über seine Mitglieder in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung die entsprechende Anzahl von Arbeitnehmervertretern schlicht zugewählt, ohne sich hierzu rechtlich zu verpflichten.

B. Die rechtliche Problematik

In stärkerem Maße noch als bei der allgemeinen Mitbestimmungsdiskussion haben diese Mitbestimmungsinitiativen nicht nur politische, sondern rechtliche Einwände auf den Plan gerufen[1]. Diese Einwände haben bereits 1971 zu einer parlamentarischen Behandlung der erweiterten Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften geführt; die Bundesregierung hatte eine kleine Anfrage der Abgeordneten Strauß, Weigl und Genossen zu beantworten, die die Zulässigkeit der erweiterten Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften zum Gegenstand hatte[2].

In der Antwort des Bundesministers des Innern auf diese Anfrage tritt deutlich hervor, daß die rechtlichen Einwände gegen die Erweiterung der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen sich im wesentlichen unter zwei Gruppen zusammenfassen lassen:

Erstens die gesellschafts- und betriebsverfassungsrechtliche Problematik. Hierbei geht es darum, ob die §§ 76 und 77 BetrVG 1952, die für die Aufsichtsorgane von GmbH und AG eine Drittelbeteiligung von Arbeitnehmervertretern vorsehen, zwingendes Recht sind und daher eine Erweiterung der Mit-

---

1) Thieme, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zur Erweiterung der Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, unveröffentlicht, 1971; Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 211 f.; Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen; Hensche, Arb. u. R. 1971, 33 f.; Raiser, RdA 1972, 65 f.; Ossenbühl, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Rechtsgutachten, 1972.

2) Kleine Anfrage vom 21.Jan.1971, Deutscher Bundestag, 6.Wahlperiode, Drucksache VI/1724.

bestimmung über diese Beteiligungsverhältnisse hinaus der Disposition des Alleinaktionärs bzw. -gesellschafters entzogen ist.[1)]

Zweitens die öffentlich-rechtliche Problematik. Diese weist im einzelnen unterschiedliche Aspekte auf. Will man jedoch einen tragenden Gesichtspunkt hervorheben, so geht es darum, ob sich die mit der Zunahme von Einflußmöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter notwendigerweise verbundene Abnahme von Einflußmöglichkeiten der Vertreter der öffentlichen Hand mit der öffentlichen Zweckbestimmung der kommunalen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen in Übereinstimmung bringen läßt. Dabei kommt insbesondere die Frage nach Inhalt und Umfang der prinzipiell unbestrittenen Notwendigkeit demokratischer Legitimation allen öffentlichen Handelns ins Spiel.

C. Der Gang der Darstellung

Die Arbeit beschränkt sich auf die Darstellung der öffentlich-rechtlichen Problematik, wobei allerdings, soweit zu deren Behandlung erforderlich, auch gesellschaftsrechtliche Fragen gestreift werden.

Einen Beitrag zur politischen Diskussion zu leisten, ist demgegenüber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Damit ist klargestellt, daß eine Stellungnahme zu der politisch-ideologischen Fundiertheit der Forderung nach Mitbestimmung nicht erfolgt. Gleichwohl kann nicht verschwiegen werden, daß sich die Frage nach der Berechtigung von Forderungen wie Demokratisierung der Wirtschaft und gleichberechtigte Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen angesichts der öffentlichen Zweckbestimmung der von den kommunalen Unternehmen erbrachten Leistungen in ganz anderer Schärfe stellt als im Bereich der Privatwirtschaft[2)].

---

1) Vgl. die Antwort des Bundesministers des Innern, Deutscher Bundestag, 6.Wahlperiode, Drucksache VI/2116, in der ausgeführt wird, § 76 BetrVG könne nicht durch Stimmbindungsvertrag geändert werden, da er nach einhelliger Auffassung zwingendes Recht darstelle; dazu Hensche, Arb u. R 1971, 36, sowie die dort gegebenen Hinweise.

2) Vgl. Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 220 f.

In der Diskussion um die erweiterte Mitbestimmung im Bereich der Privatwirtschaft stehen die auf Art. 9 Abs.3 GG und die auf Art. 14 GG gestützten Bedenken im Vordergrund. Demgegenüber kommt ein Verstoß gegen Art. 14 GG durch die Einführung der erweiterten Mitbestimmung in den kommunalen Unternehmen kaum in Betracht. Denn die Gemeinden können sich, obwohl auch an den Eigengesellschaften Eigentum im Sinne von Art. 14 GG besteht, als Träger staatlicher Verwaltung nicht auf den Schutz des Art. 14 GG berufen. Darüberhinaus liegt der in der Privatwirtschaft regelmäßig gegebene Konflikt zwischen erweiterter Mitbestimmung und der auf Gewinnmaximierung gerichteten Dispositionsbefugnis der Kapitaleigner bei den kommunalen Unternehmen wegen der öffentlichen Zweckbestimmung kaum vor.

Die Frage nach der Vereinbarkeit der erweiterten Mitbestimmung mit Art. 9 Abs. 3 GGstellt sich demgegenüber bei den kommunalen Unternehmen genauso wie im Bereich der Privatwirtschaft. Diese Frage zielt in erster Linie darauf ab, inwieweit durch die erweiterte Mitbestimmung die von Art. 9 Abs. 3 GG vorausgesetzte Unabhängigkeit der Sozialpartner voneinander beeinträchtigt wird; sie wird im 1. Abschnitt behandelt.

Im 2. Abschnitt wird erörtert, ob das "Vorpreschen" der Kommunen auf dem Gebiet der Mitbestimmung einen Verstoß gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens darstellt, zumal dem Bundesgesetzgeber für die Mitbestimmungsfrage die alleinige Gesetzgebungskompetenz zusteht.

Der Konflikt zwischen öffentlicher Zweckbestimmung und Abschwächung von Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand durch die Zuwahl weiterer Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsorganen der kommunalen Eigengesellschaften wird im 3. Abschnitt behandelt; hierbei geht es insbesondere darum, ob dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes für die Gemeinden derart feste Konturen abgewonnen werden können, daß eine Abschwächung des Einflusses der demokratisch legitimierten Gemeindeorgane unzulässig erscheint.

Um gemeinderechtliche Einwände geht es im 4. Abschnitt der Arbeit. Dabei wird in erster Linie untersucht, welche Möglichkeiten zur Durchsetzung des kommunalen Willens gegenüber den durch ihre private Rechtsform verselbständigten Eigengesellschaften die gemeinderechtlichen Bestimmungen bieten.

1. Abschnitt

Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG

I. Problemstellung

Bedenken gegen die Vereinbarkeit von paritätischer Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG werden seit Verabschiedung des Mitb G 1951 geäußert[1], sind im Hinblick auf mögliche Beeinträchtigungen der Tarifautonomie erstmals von Biedenkopf und Hanau präzisiert worden[2] und haben in neuerer Zeit durch eine eingehende Untersuchung von Zöllner und Seiter an Gewicht gewonnen.[3] Die Problemstellung läßt sich vergröbert wie folgt umreißen: Art.9 Abs.3 GG schützt nicht nur den Zusammenschluß zu einer Koalition, sondern stellt zugleich den Kernbereich koalitionstypischer Betätigung unter den Schutz der Verfassung. Die Bestandsgarantie entfaltet ihre Wirksamkeit erst durch die Gewährleistung eines bestimmten Funktionskreises[4]. Zu diesem Funktionskreis gehört als klassische und wichtigste Aufgabe der Koalitionen der Abschluß von Tarifverträgen. Wenngleich dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Tarifvertragssystems im einzelnen ein weiter Ermessensspielraum zusteht, umfaßt die verfassungsrechtliche Garantie des Art.9 Abs.3 GG nicht nur die Bereitstellung eines Tarifvertragssystems als solche, sondern auch die Stellung der Sozialpartner in ihren wesentlichen Grundzügen[5].
Hierbei ist die Grenzziehung zwischen verfassungsrechtlich geschütztem "Kernbereich" des Art.9 Abs.3 GG einerseits und der Dispositionsbefugnis des einfachen Gesetzgebers andererseits im einzelnen nicht unumstritten[6]; im Grundsatz besteht jedoch Übereinstimmung, daß nur frei gebil-

---

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, 7.Aufl., S.97; Nikisch, ArbR Bd.II, 2.Aufl., S.253; Dietz, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S.430-432; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm.98 zu Art.9.
2) Biedenkopf, Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S.79 ff. Hanau, BB 1969, 760 f.
3) Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung und Art.9 Abs. 3 GG, 1970.
4) BVerfG E 19, 303 (312); 20, 312 (320): Nipperdey, Festschrift für Möring, S.88.
5) BAG GS AP Nr.13 zu Art. 9 GG, Bl. 349; BVerfG E 4, 96 (108); 18,18 (28).
6) Vgl. etwa Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S.91 f.; Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und GG, 1972, S.254-257; Forsthoff, BB 1965, 381 (386).

dete, voneinander unabhängige und gleichgewichtige Sozialpartner dem Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG genügen, weil nur sie die Gewähr für die Richtigkeit des kollektiv ausgehandelten Kompromisses bieten[1].

Insofern besteht eine Interdependenz zwischen Tariffähigkeit einerseits und den allgemeinen Voraussetzungen der Koalitionseigenschaft andererseits[2]. Tariffähig ist nur derjenige Verband, bei dem die Willensbildung ausschließlich durch die Mitglieder vollzogen wird und die Einflußnahme Außenstehender, insbesondere des sozialen Gegenspielers, ausgeschlossen ist. Es besteht daher Übereinstimmung, daß der verfassungsrechtlichen Garantie der Tarifautonomie das Gegengewichtsprinzip und die Gegnerunabhängigkeit als Grundprinzipien des kollektiven Arbeitsrechts inhärent sind.

Damit gewinnt zugleich die angedeutete Problematik Konturen: Führt die Einführung der paritätischen Mitbestimmung dazu, daß die Arbeitnehmerseite über die gleichberechtigte Ausübung von Arbeitgeberfunktionen Einfluß auf die Willensbildung der Arbeitgeberseite gewinnt und diese damit ihre Stellung als gleichgewichtiger, unabhängiger Gegenspieler einbüßt?

II. Art. 9 Abs. 3 GG und kommunale Eigengesellschaften

Die bisherige Diskussion betraf den Bereich der Montanindustrie oder eine mögliche Einführung der paritätischen Mitbestimmung im Bereich der Gesamtwirtschaft. Von einer generellen Untersuchung ist jedoch zu überlegen, ob sich aus der thematischen Beschränkung auf den Bereich der kommunalen Eigengesellschaften Besonderheiten ergeben, d.h. ob bereits eine partielle Einführung in diesem Bereich zu einer Verletzung der von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Arbeitsverfassung führen kann.

---

1) Vgl. Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, S. 43; W. Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, S. 42.
2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, 4.Aufl., § 2 Rdnr.27; Zöllner-Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S.35; E.R. Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 85.

1. Wird der Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG durch die Einführung der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften überhaupt berührt?

Mit dieser Einschränkung hat bisher als einziger Ossenbühl das Problem erörtert[1]. Er gelangt zu dem Ergebnis, eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG liege nicht vor, weil die Einführung der paritätischen Mitbestimmung durch Stimmbindungsvertrag auf dem freiwilligen Entschluß der Gemeinden beruhe und zudem, auf den Bereich der Gesamtwirtschaft bezogen, nur punktuellen, partiellen Charakter habe[2].

Schon das erste dieser beiden Argumente vermag nicht zu überzeugen: Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit mit seinen verfassungsrechtlichen Implikationen, in diesem Zusammenhang in erster Linie Gegengewichtsprinzip und Gegnerunabhängigkeit, zieht nicht nur dem Gesetzgeber Schranken, sondern richtet sich nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG gegen jedermann (Drittwirkung). Die zentrale Bedeutung, die der Verfassungsgeber der Koalitionsfreiheit beigemessen hat, erweist sich gerade darin, daß diese gegen Substanzminderungen durch die Sozialpartner selbst ebenso geschützt ist wie gegen solche durch den Gesetzgeber[3]. Vertragliche Regelungen der Sozialpartner sind daher im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht anders zu beurteilen als gesetzliche. Aus der Tatsache, daß die Gemeinden die Stimmbindungsverträge freiwillig abgeschlossen haben, läßt sich daher nichts für oder gegen deren Verfassungsmäßigkeit herleiten. Insofern kann die Frage für den Bereich der

---

1) Ossenbühl, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Rechtsgutachten, S. 22 f.
2) Ossenbühl, a.a.O., S. 24.
3) Nach h.M. richtet sich die Drittwirkung gegen jedermann, d.h. gegen beliebige Privatrechtssubjekte, vgl. Söllner, ArbR, S.58; Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S.144; Nikisch, ArbR II, S.34; v.Münch, in BK, Rdnr 115 zu Art. 9; selbst wenn man mit v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. V 8 zu Art. 9, die Drittwirkung ablehnt, sind die Gemeinden gem. Art.1 Abs. 3 GG als Träger staatlicher Verwaltung an Art. 9 Abs. 3 GG gebunden.

kommunalen Eigengesellschaften nicht anders lauten als für den der Gesamtwirtschaft, ob nämlich die paritätische Mitbestimmung die Stellung der Sozialpartner in ihren verfassungsrechtlich geschützten Grundzügen tangiert.

Dem zweiten Argument von Ossenbühl, eine nur partiell eingeführte Mitbestimmung sei, bezogen auf den Bereich der Gesamtwirtschaft, unbeachtlich, liegt die Prämisse zugrunde, daß ein möglicher Verfassungsverstoß erst ab einer bestimmten Häufigkeit der festgestellten Fälle vorliege. Eine solche Prämisse ist jedoch problematisch. Als Bezugsgröße für das mögliche Ausmaß des Ungleichgewichts wird der Bereich der Gesamtwirtschaft gewählt. Schon hinsichtlich der Auswirkungen auf die Tariffähigkeit stimmt diese Bezugsgröße nicht, da die Tarifverträge für die kommunalen Eigengesellschaften fast ausschließlich bundeseinheitlich zwischen dem Verband kommunaler Arbeitgeber und der Gewerkschaft ÖTV ausgehandelt werden. Anders als im Bereich der Privatwirtschaft, wo Tarifverträge überwiegend in der Form der Regional- oder Branchentarifverträge abgeschlossen werden, liegt damit ein bundeseinheitlicher Geltungsbereich vor, in dem es keine regional bestimmten Unterschiede gibt. Wenn nun die überwiegende Zahl der kommunalen Eigengesellschaften paritätisch mitbestimmt wird, so stehen hinsichtlich der Tariffähigkeit nicht die Auswirkungen auf den Bereich der Gesamtwirtschaft, sondern auf diesen abgeschlossenen Bereich in Frage. Dabei stellt sich dann die praktisch nicht zu beantwortende Frage, bei welcher Zahl von paritätisch mitbestimmten Unternehmen der Einfluß auf die kommunalen Arbeitgeber eine derartige Intensität erreicht hat, daß Art. 9 Abs. 3 GG ins Spiel kommt.

Neben diesen mehr praktischen Bedenken muß bezweifelt werden, ob ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG quantitativ, nach der Häufigkeit der festgestellten Fälle, ermittelt werden kann. Eine solche Betrachtungsweise würde im Ergebnis eine allgemeine Relativierung verfassungsrechtlicher Garantien zur Folge haben. Auch bei kollektiv angelegten Grundrechten kann die Überprüfung nur nach qualitativen und nicht nach quantitativen Maßstäben vorgenommen werden. Wenn die paritätische Mitbestimmung mit

den Grundzügen der von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Arbeitsverfassung nicht übereinstimmt, dann gilt dies für den Bereich der kommunalen Eigengesellschaften in gleicher Weise wie für den Bereich der Gesamtwirtschaft. Entgegen Ossenbühl kann die Antwort auf diese Frage nicht isoliert im Bereich der kommunalen Eigengesellschaften gefunden werden, sondern macht eine generelle Inhaltsbestimmung von Gegengewichtsprinzip und Gegnerunabhängigkeit vor dem Hintergrund der von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Arbeitsverfassung erforderlich.

2. Gegengewichtsprinzip, Gegnerunabhängigkeit und paritätische Mitbestimmung

a) Zur Terminologie

Die seit Einführung der paritätischen Mitbestimmung im Bereich der Montanindustrie geführte Diskussion kreist - wie noch darzulegen sein wird - um den gleichen Problemansatz, ohne daß eine einheitliche Terminologie besteht.

Hierbei zeichnen sich zwei Begriffsgruppen ab, die von den Begriffen Gegnerreinheit bzw. -freiheit und Gegnerunabhängigkeit auf der einen sowie Gegengewichtsprinzip, Konfrontationsfähigkeit und Waffengleichheit auf der anderen Seite gekennzeichnet sind. In der Diskussion haben diese Begriffe teils unterschiedliche, teils identische Bedeutungen[1]. Es erscheint daher zweckmäßig, zunächst die hier verwandte Terminologie zu erläutern. Dabei soll der in der ausführlichen Untersuchung von Zöllner und Seiter gewählten Begriffsbestimmung gefolgt werden. Danach ist mit Koalitions- bzw. Gegnerreinheit und Gegnerfreiheit lediglich die formale Nichtmitglied-

---

1) Vgl. z.B. E.R. Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 74, der Gegnerfreiheit als den Oberbegriff, Unabhängigkeit als Unterfall ansieht; umgekehrt Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 27, die in der Sache zu ähnlichen Ergebnissen gelangen wie E.R. Huber; vgl. auch v. Münch, in BK, Art. 9 Rdnr. 125 (Koalitionsreinheit); Herschel, JZ 1965, 82 (Unabhängigkeit); G.Müller, Tarifvertrag und Mitbestimmung, S. 15 (Unabhängigkeit).

schaft von Mitgliedern der Arbeitnehmerseite in den Organisationen der Arbeitgeberseite und umgekehrt angesprochen, während Gegnerunabhängigkeit das funktionale Element, d.h. die Freiheit von Einflüssen der Gegenseite, meint[1].

Bei dieser Terminologie kommt der Gegnerunabhängigkeit die Bedeutung des Oberbegriffs, des erstrebten Zieles zu, während Gegnerreinheit und Gegnerfreiheit nur mögliche Mittel zur Erreichung dieses Zieles sind.

Waffengleichheit, Konfrontationsfähigkeit und Gegengewichtsprinzip sind ebenfalls durch eine "Mittel-Zweck-Relation" miteinander verknüpft. Waffengleichheit[2], d.h. die Ausstattung mit gleichwertigen - nicht gleichen - Druckmitteln, und Konfrontationsfähigkeit,[3] d.h. die Bereitschaft zum Arbeitskampf, dienen der Schaffung einer Position, in der die Sozialpartner sich in einer annähernd gleich starken Position zum Ausgleich ihrer gegenläufigen Interessen gegenüberstehen.

b) Der Diskussionsstand

Im Zentrum der Diskussion über die Vereinbarkeit von paritätischer Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG steht nach der hier gewählten Terminologie die Gegnerunabhängigkeit. Dabei lautet die entscheidende Frage, ob ein Arbeitgeberverband, der paritätisch mitbestimmte Unternehmen zu Mitgliedern hat, als unabhängig von der Gegenseite bezeichnet werden kann. Es lassen sich im wesentlichen drei Auffassungen unterscheiden:
(1) Die erste Auffassung[4] gelangt von einem formalen Ansatz zu der Vereinbarkeit von paritätischer Mitbestimmung und Gegnerunabhängigkeit. Arbeitgeber im mit-

---

1) Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 29 f.
2) Vgl. dazu Mayer-Maly, Betr 1966, 823.
3) Ob die Konfrontationsfähigkeit konstitutives Merkmal des Koalitionsbegriffes ist, ist streitig; verneinend, Nikisch, ArbR II, S. 12; Söllner, ArbR, S. 58; v.Münch, in BK, Rdnr. 131 zu Art. 9; bejahend Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S.109, jeweils m.w.N.
4) G.Müller, Zur Tariffähigkeit der unter das Mitb G Bergbau und Eisen fallenden Unternehmen, S. 5 f.; ders., Tarifvertrag und Mitbestimmung, S. 15; Dietz, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 431/432; ebenso die Stellungnahme des DGB, in Mitbestimmung - eine Forderung unserer Zeit -, Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, S. 357.

bestimmten Unternehmen seien nicht natürliche Personen, sondern das Unternehmen als juristische Person. Dieses stehe als Rechtspersönlichkeit völlig für sich da[1]. Soweit die Unabhängigkeit der von der Arbeitnehmerseite in die Organe des Unternehmens entsandten Personen in Frage stehe, seien diese gem. § 4 Abs. 3 S. 2 Mitb G an Aufträge und Weisungen nicht gebunden, eine Interessenkollision sei selbst dann nicht gegeben, wenn z.B. der Arbeitsdirektor auf Arbeitgeberseite an den Tarifverhandlungen teilnähme, da er nicht Interessenvertreter einer bestimmten Gruppe, sondern ein nach rechtlichen Maßstäben unabhängiges Vorstandsmitglied sei[2].

(2) Demgegenüber geht eine in der Literatur weit verbreitete Auffassung grundsätzlich von einer Kollision zwischen Mitbestimmung und Unabhängigkeit der Arbeitgeberverbände aus, sieht diese Kollision jedoch durch eine im Zuge der Mitbestimmung eintretende Wandlung des Verhältnisses der Sozialpartner von der Konfrontation zur Kooperation überwunden[3]. Dabei wird die Rechtfertigung für die Auflockerung der Gegnerunabhängigkeit zumeist in der Überwindung des klassenkämpferischen Antagonismus durch eine gemeinwohlbezogene Partnerschaft gesehen[4].

(3) Eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG durch die Einführung der paritätischen Mitbestimmung wird erstmals von Zöllner und Seiter und E.R. Huber angenommen[5].
Dabei wird etwa folgendermaßen argumentiert[6]:
Das Prinzip der Gegnerunabhängigkeit ist nicht formal, sondern funktional zu bestimmen, d.h. es kommt darauf an, ob ein Verband in seiner Funktionsfähigkeit als sozialer

---

1) G.Müller, Tarifvertrag und Mitbestimmung, S. 15.
2) Stellungnahme des DGB a.a.O., S.357; vgl. auch die Ausführungen des stellv. Vorsitzenden der Gewerkschaft ÖTV, Karl-Heinz Hoffmann, in Material zur Pressekonferenz der Gewerkschaft ÖTV vom 29.2. 1972, S. 4.
3) Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, S. 34; Schnorr, RdA 1954, 168; Nikisch, ArbR II, S. 253.
4) Gamillscheg, a.a.O., S. 51-53; Schnorr, a.a.O., S. 168-169; Nipperdey, Festschrift für Möhring, S. 100, sieht demgegenüber die Rechtfertigung für die Auflockerung in dem Gedanken der Wirtschaftsdemokratie.
5) Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 24 f.; E.R. Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 74 f.
6) Im folgenden wird im wesentlichen die Argumentation von Zöllner/Seiter wiedergegeben.

Gegenspieler beeinträchtigt wird[1]. Eine solche Beeinträchtigung liegt immer schon dann vor, wenn ein Verband die faktische Möglichkeit hat, die Entscheidungen der Gegenseite unmittelbar zu beeinflussen. Mit der Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen durch Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsrat und Vorstand ist die Möglichkeit einer solchen Einflußnahme institutionalisiert und damit praktisch nicht mehr auszuschließen[2].
Die Arbeitgeberseite kann ihre Verbandspolitik nicht mehr autonom bestimmen und ist daher abhängig von der Gegenseite.

Darüberhinaus führt diese Abhängigkeit zur Schaffung eines Ungleichgewichts der Kräfte. Gleichmäßige Machtausstattung, das sogenannte Gegengewichtsprinzip, sei ein "Grundpfeiler der gegenwärtigen Arbeitsverfassung", da nur dann die Richtigkeit des autonomen Interessenausgleichs gewährleistet ist.

Eine ähnliche Exegese, wenn auch mit anderen Schlußfolgerungen, stammt von Biedenkopf[3]. Er vertritt die Auffassung, daß mit der paritätischen Mitbestimmung in der Organisation des Unternehmens selbst ein Mechanismus zur Entscheidung des Konflikts (zwischen den Sozialpartnern) zur Verfügung gestellt werde[4]. Mit der Bereitstellung eines solchen Entscheidungsorgans im Unternehmen selbst lasse sich die kollektivrechtliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im bisher unter Art. 9 GG gehandhabten Sinn nicht mehr rechtfertigen, so daß im Ergebnis das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG "leerlaufe"[5].

---

1) Zöllner/Seiter, a.a.O., S.35.
2) A.a.O., S. 54/55 m.w.N.
3) Biedenkopf, RdA 1970, 135; vgl. auch Biedenkopf/Säcker ZfA 1971, 296 Fußn. 96.
4) Biedenkopf, RdA 1970, 135.
5) Biedenkopf, RdA 1970, 136; vgl. auch Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 249-258, der ebenfalls annimmt, daß sich Lohnbildung von der Tarifvertragsebene auf die Unternehmensebene verschiebt (S. 254), dieses Ergebnis jedoch als mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ansieht.

3. Stellungnahme

Bei einer näheren Betrachtung der dargestellten Auffassungen drängt sich ein Unterschied bereits vom Ansatz her auf:
Während die einen ihre Untersuchung von vornherein auf die Auswirkungen hinsichtlich der formalen Rechtsstellung der Sozialpartner beschränken (Auffassung 1), stehen bei den anderen die Konsequenzen für das funktionale Zusammenspiel im Vordergrund (Auffassungen 2 und 3).

a) Die formale und funktionale Betrachtungsweise

Die Verfassung weist den Sozialpartnern einen bestimmten Zuständigkeitsbereich zu und gewährt ihnen die hierfür erforderliche Rechtssetzungsbefugnis. Diese Rechtssetzungsbefugnis ist - gleich, ob man sie auf einen staatsfreien Raum vorgefundener soziologischer Interessengegensätze[1] oder auf einen Akt staatlicher Delegation zurückführt[2] - nach einhelliger Meinung von bestimmten Mindesterfordernissen hinsichtlich der Eigenschaften abhängig, die eine Koalition aufweisen muß, Diese Mindesterfordernisse dienen dem Zweck, das Gesamtgefüge der Beziehungen so zu erhalten, daß eine sinnvolle Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglicht wird[3].
Tritt nun mit der paritätischen Mitbestimmung ein neues Element hinzu, so ist zu fragen: Wie wirkt sich das auf das Gesamtgefüge der Beziehungen zwischen den Sozialpartnern aus?
Erst wenn die Antwort auf diese Frage lautet: Die paritätische Mitbestimmung verändert das reale Kräfteverhältnis so zugunsten der Arbeitnehmerseite, daß ein gerechter Interessenausgleich nicht mehr möglich erscheint, ist ein Verstoß gegen den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG zu besorgen. Demgegenüber findet das tatsächliche Kräfteverhältnis bei einer formalen Betrachtungsweise kaum Berücksichtigung. Denn damit, daß die juristische

1) So Herschel, Festschrift für Bogs, S. 130.
2) So die herrschende Delegationstheorie, vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S. 28; Nikisch, ArbR II, S. 46.
3) Vgl. Herschel, JZ 1965, 82 u. Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S. 97, die hinsichtlich der Gegnerunabhängigkeit die Auswirkungen auf das Zusammenspiel der Kräfte in den Vordergrund stellen.

Person Unternehmen Mitglied des Arbeitgeberverbandes ist, ist ebensowenig über einen möglichen Zuwachs an realem Einfluß gesagt wie mit der Feststellung, daß die Mitglieder von Aufsichtsrat und Vorstand im Rechtssinne an keine Weisungen gebunden sind.

Anders als bei den Individualgrundrechten hat Art. 9 Abs. 3 GG eine kollektiv ausgerichtete autonome Regelungsbefugnis zum Gegenstand, bei der jedoch die realen Bedingungen, unter denen diese Autonomie gewährt wird, der Disposition der Sozialpartner entzogen sind. Bei der Ermittlung dieser realen Bedingungen ist nicht zu fragen, ob die jeweiligen Regelungen die Möglichkeit zu unbeeinflußter Interessenwahrnehmung offenhalten, sondern ob sie Möglichkeiten zur Einflußnahme auf die Gegenseite mit Sicherheit ausschließen. Gerade diesen Gesichtspunkt klammert eine formale Betrachtungsweise aus, so daß damit letztlich ein Substanzverlust für die in Art. 9 Abs. 3 GG hinsichtlich des Verhältnisses der Sozialpartner zueinander getroffenen Aussagen verbunden ist. Es ist daher der funktionalen Betrachtungsweise der Vorzug zu geben[1].

b) Die funktionale Betrachtungsweise

Mit diesem Ansatz ist zwar der Lösungsweg, nicht aber die Lösung selbst gefunden. Von den beiden verbleibenden Auffassungen geht - wie oben dargelegt - die eine dahin, daß sich mit der Einführung der paritätischen Mitbestimmung das Verhältnis der Sozialpartner zu einer echten Sozialpartnerschaft entwickeln werde, als deren Konsequenz eine Auflockerung der Gegnerunabhängigkeit gerechtfertigt sei. Hinter dieser Auffassung steht ersichtlich der Wunsch nach Überwindung der Interessengegensätze zwischen den Sozialpartnern oder - um es pointiert auszudrücken - des Klassenkampfgedankens[2].

---

1) Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 28; Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 520.
2) So ausdrücklich Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 48.

Der Gedanke der Sozialpartnerschaft spielt in der arbeitsrechtlichen Diskussion in mannigfacher Weise eine Rolle und wurzelt letztlich in der katholischen Soziallehre[1]. Obwohl diese Auffassung zweifellos von hohem moralischen Ethos getragen ist, erscheint Skepsis angebracht, die sich im wesentlichen auf zwei Gesichtspunkte stützt:

(1) Der Gedanke der Sozialpartnerschaft - Einwände -

Trotz aller Beispiele für ein partnerschaftliches Verhalten[2] der Sozialpartner besteht die Position grundsätzlich gegenläufiger Interessen - auch im Bereich der paritätisch mitbestimmten Montanindustrie - fort[3]. Die Kapitaleignerseite und die von ihr berufene Unternehmensführung streben eine Maximierung des Gewinnes an, während die Arbeitnehmerseite und die Gewerkschaften als ihr Sachwalter möglichst hohe Löhne und günstige, d.h. kostenerzeugende Arbeitsbedingungen erstreben. Dieser Interessengegensatz kann als Konsequenz der privatwirtschaftlichen und -nützigen, eigentumsorientierten Wirtschaftsordnung nur mit dieser zusammen beseitigt werden. Deren Beseitigung steht ernstlich nicht zur Debatte; in diesem Rahmen dienen alle systemkonformen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht der Überwindung, sondern der Institutionalisierung des Interessengegensatzes und stabilisieren damit zugleich die eigentumsorientierte Wirtschaftsordnung.

Der zweite Gesichtspunkt, der gegen eine Auflockerung und Anpassung der Gegnerunabhängigkeit durch den Gedanken der Sozialpartnerschaft spricht, liegt in der

---

1) O. v. Nell-Breuning, Die Wirtschaft im Urteil des II. Vatikanischen Konzils, Theologie und Philosophie, S. 196 f.; Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung, S. 52 f.; Klüber, Mitbestimmung als gesellschaftspolitisches Ziel der katholischen Soziallehre, Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, S.49f., insbes. S. 66.

2) Z.B. die Einziehung von Gewerkschaftsbeiträgen durch den Arbeitgeber, vgl. dazu Gamillscheg, Koalitionsfreiheit, S. 34/35; Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S.96 f. m.w.N.

3) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2 Anm.27; Mayer-Maly, DB 1966, 823; Reuß, Festgabe für Otto Kunze, S.283; ders., RdA 1964, 365.

verfassungsrechtlichen Fundierung dieser Argumentation. Wenn - und davon gehen auch die Befürworter der Sozialpartnerschaft aus - die Gegnerunabhängigkeit dem Kernbereich von Art. 9 Abs. 3 GG angehört[1], so bedeutet deren "Auflockerung und Anpassung" nicht weniger als einen durch "den Gesetzesvorbehalt"[2] nicht gedeckten Eingriff in den Kernbereich von Art. 9 Abs. 3 GG. Insofern ist die Argumentation nicht folgerichtig, wie namentlich E.R. Huber dargelegt hat[3]: Die Auflockerung der Gegnerunabhängigkeit kann nicht deshalb rechtmäßig sein, weil eben diese Auflockerung eintritt. Zuvor ist vielmehr die Frage zu stellen, ob eine Auflockerung der Gegnerunabhängigkeit auch mit dem Ziel, die Koalitionen zu echten Sozialpartnern werden zu lassen, im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG überhaupt hingenommen werden kann.

4. Die These von der Unvereinbarkeit von Art. 9 Abs.3 GG und paritätischer Mitbestimmung

Scheidet danach eine Lösung des Konflikts durch den Gedanken der Sozialpartnerschaft aus, so fragt sich, ob die von Zöllner und Seiter vertretene Unvereinbarkeit zwischen paritätischer Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG unausweichlich ist. Die Auseinandersetzung mit dieser Auffassung soll in zwei Schritten erfolgen: Zunächst geht es um die verfassungsrechtliche Exegese (a), und dann um die Frage, ob die aus dieser Exegese gezogenen Schlußfolgerungen folgerichtig sind (b).

a) Zentraler Ansatzpunkt für die Überlegungen von Zöllner und Seiter ist die Herstellung eines funktionalen Zusammenhanges zwischen Tarifautonomie und den allgemeinen Voraussetzungen der Koalitionseigenschaft, insbesondere der Gegnerunabhängigkeit.

---

1) Nikisch, ArbR II, S. 253.
2) Es handelt sich um keinen echten Gesetzesvorbehalt, der Sache nach ist jedoch - wie beim Gesetzesvorbehalt - der Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG dem einfachen Gesetzgeber entzogen; vgl. Gamillscheg, Koalitionsfreiheit, S.40.
3) E.R. Huber, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 76; ähnlich Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 27/28.

Wenn das BVerfG die Bereitstellung eines Tarifvertragssystems im Sinne des modernen Arbeitsrechts dem verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich von Art. 9 Abs. 3 GG zurechnet[1], so könne diese Garantie nur dann zu einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens führen, wenn sich gleich starke und voneinander unabhängige Verbände gegenüberstünden[2].

Betrachtet man das Wirkungsfeld der Sozialpartner, so kommt man nicht an der Feststellung vorbei, daß ihre wichtigste Aufgabe im kollektiven Interessenausgleich, im Tarifvertrag, liegt. Eine wesentliche Veränderung im Gleichgewicht der Kräfte wird hier zuerst einschneidende Spuren hinterlassen und - um eine Formulierung von W. Weber[3] aufzugreifen - dazu führen, daß an die Stelle des "richtigen Kompromisses das Diktat des Stärkeren tritt". Insofern arbumentieren Zöllner und Seiter überzeugend, wenn sie den Kreis der von Verfassungs wegen unzulässigen Eingriffe in die Stellung der Sozialpartner teleologisch von deren Funktion als Tarifvertragsparteien her bestimmen. Daraus folgt, um es abstrakt zu formulieren, daß alle Gesetze oder sonstigen Vereinbarungen den Kernbereich von Art. 9 Abs. 3 GG verletzen, die zu einem Einbruch in die institutionalisierte Antinomie der Sozialpartner führen, und damit deren Stellung als unabhängige und in etwa gleich starke Gegenspieler beeinträchtigen[4]. Infolgedessen geht die entscheidende Frage dahin, ob durch die paritätische Mitbestimmung Möglichkeiten zur Aufhebung von Unabhängigkeit und Gleichgewicht institutionalisiert werden. Im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG steht das Gesamtgefüge der Beziehungen zwischen den Sozialpartnern als Modell im Vordergrund, nicht dagegen

---

1) Zöllner/Seiter, a.a.O., S. 46 f. unter Hinweis auf BVerfG E 4, 96 (106); 18, 18 (26); 20, 312 (317).
2) Zöllner/Seiter, a.a.O., S. 52.
3) W. Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, S. 42; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 149.
4) Dabei stellt sich die Frage, inwieweit eine solche Argumentation zur Festschreibung der bestehenden Arbeitsverfassung führt und damit jeder Dynamik entgegenwirkt; nach der hier vertretenen Auffassung könnte eine prinzipielle Umgestaltung wie z.B. Abschaffung des Tarifvertragssystems, nur durch Verfassungsänderung erfolgen; kritisch hierzu Schwerdtfeger, Unternehmerische Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 253-258.

die Frage, ob zum Beispiel die Arbeitnehmerseite im Montanbereich aus einem möglichen Übergewicht in der Tarifauseinandersetzung Kapital geschlagen hat[1].

b) Die Schlußfolgerungen, die Zöllner und Seiter in ihrer Untersuchung gezogen haben, wurden oben bereits gestreift und liegen in der Tat nahe: Nicht nur der Aufsichtsrat, sondern auch der von diesem berufene Vorstand sei - unabhängig von der jeweils geübten Praxis - ein jederzeit paritätisch besetzbares Organ. Damit sei die Arbeitnehmerseite von der rechtlichen Ausgestaltung her an der Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen lückenlos beteiligt. Infolgedessen könne die Arbeitgeberseite in den Arbeitgeberverbänden ihren Willen nicht mehr autonom bilden und befinde sich damit in einer prinzipiell abhängigen und schwächeren Position[2].

III. Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag

Die von Zöllner und Seiter gewonnenen Ergebnisse beruhen letztlich auf der Annahme, daß paritätische Mitbestimmung und Tarifautonomie im herkömmlichen Sinne nicht miteinander vereinbar sind. Dabei wird der Konflikt in der Weise gelöst, daß der bestehende Zustand als einzig verfassungsmäßiger aufrechterhalten und das neu hinzutretende Element, die paritätische Mitbestimmung, als verfassungswidrig abgelehnt wird. Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich dieses Ergebnis aufrechterhalten läßt, wenn man die Ursache des Konflikts, die Doppelfunktion der Arbeitnehmerseite in der tariflichen Auseinandersetzung - einerseits Sachwalter der Arbeitnehmerinteressen, andererseits über die Unternehmensleitung an deren Tarifpolitik beteiligt - beseitigt und an deren Stelle eine Trennung der Funktionen treten läßt und damit auch die Doppelung des Einflusses vermeidet. Eine solche Trennung ist in zweierlei Richtung denkbar:

---

1) Nach dem Bericht der Biedenkopf-Kommission ist das nicht der Fall; vgl. Bericht der Sachverständigenkommission, Deutscher Bundestag, 6.Wahlperiode, Drucksache VI/334, S. 94.
2) Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 38,60.

1. Der Gedanke der Funktionstrennung

Nach einem Vorschlag von Dietz[1] sollen die Arbeitsdirektoren aus der Gewerkschaft austreten. Konsequenterweise muß man diesen Vorschlag auf alle Vorstandsmitglieder, die auf Betreiben der Arbeitnehmerseite in dieses Gremium berufen werden, ausdehnen. Gegen diese Form der Funktionstrennung sprechen jedoch zwei gewichtige Gründe: Zum einen widerspricht sie Sinn und Zweck der paritätischen Mitbestimmung. Denn die Arbeitnehmervertreter sollen ja gerade - wenn auch frei von Weisungen - den Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat und Vorstand Gehör verschaffen. Ein Austritt aus der Gewerkschaft ändert an dieser Aufgabenstellung nichts, erschwert sie aber unnötig.

Zum anderen erreicht eine solche Funktionstrennung das von ihr erstrebte Ziel nicht: Allein der formale Austritt aus der Gewerkschaft wird das Selbstverständnis der Arbeitnehmervertreter als Sachwalter der Arbeitnehmer nicht beseitigen und trägt daher nicht zur Aufhebung der in der Funktion begründeten Konflikte bei.

Denkbar ist aber auch eine Funktionstrennung, die auf einem Vorschlag von Schnorr[2] und Nikisch[3] aufbaut: Beruht der Konflikt zwischen paritätischer Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG auf der Beeinträchtigung der Tariffähigkeit der nicht mehr autonomen Arbeitgeberseite, so muß die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an dieser Stelle beseitigt werden. Die praktische Folgerung hieraus ist, daß alle der Arbeitnehmerseite zuzurechnenden Mitglieder in den Organen der Unternehmensleitung von jeder direkten oder indirekten Mitwirkung in den Gremien der Arbeitgeberverbände ausgeschlossen sind.

2. Die praktische Durchsetzbarkeit

Ohne der weiteren Erörterung vorzugreifen, wird ein Vorteil dieser Funktionstrennung gegenüber den von Zöllner und Seiter gezogenen Schlußfolgerungen bereits

---

1) Dietz, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 432.
2) Schnorr, RdA 1954, 169.
3) Nikisch, ArbR II, S. 254.

an dieser Stelle sichtbar: Sie vermeidet die schwere Sanktion der Verfassungswidrigkeit der paritätischen Mitbestimmung, ohne dem durch diese intendierten Konflikte mit der Tarifautonomie auszuweichen, indem sie die Doppelfunktion der Arbeitnehmerseite an der Stelle beseitigt, wo sie sachfremd ist: Bei der Mitwirkung an der Tarifpolitik der Arbeitgeberverbände.

Es gibt allerdings einen Einwand gegen diese Lösung, der deren praktische Durchführbarkeit in Frage stellt und deshalb vorab behandelt werden soll: Wie will man ohne eine Offenlegung der Beratungen im Aufsichtsrat diejenigen Vorstandsmitglieder ausmachen, die auf Betreiben der Arbeitnehmerseite in dieses Gremium gelangt sind?
So weit braucht man jedoch nicht zu gehen. Es ist vielmehr ausreichend, wenn man die Arbeitgeberverbände für verpflichtet hält, über ihre Verbandssatzung den Ausschluß von Arbeitnehmervertretern sicherzustellen. Hierbei genügt es allerdings nicht, daß die Arbeitgeberverbände, wie Nikisch und Schnorr[1] gefordert haben, auf die Nichtbeteiligung von Arbeitnehmervertretern lediglich Bedacht nehmen; sie muß vielmehr von Rechts wegen erfolgen. Nur die Ausstattung mit der Qualität einer Forderung von Rechts wegen entzieht die Nichtbeteiligung der Disposition der Sozialpartner und gewährleistet deren Durchsetzung im Einzelfall. Der damit skizzierte Lösungsweg mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, stellt sich jedoch bei näherer Betrachtung als mit den Grundzügen der von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Arbeitsverfassung übereinstimmend dar:

3. Funktionstrennung und Art. 9 Abs. 3 GG

Nach dem Leitbild des Art. 9 Abs. 3 GG sollen die Sozialpartner in dem von staatlicher Normsetzung freigelassenen Raum ihre grundsätzlichen gegenläufigen Interessen zu einem gerechten Ausgleich führen[2]. Die Verfassung

1) Schnorr, RdA 1954, 169; Nikisch, ArbR II, S. 254.
2) BVerfG E 18, 18 (28); Nipperdey, Festschrift für Möhring, S. 86.

sichert den Koalitionen nicht nur das Recht zu, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch kollektive Vereinbarungen autonom zu ordnen, sondern macht die Inanspruchnahme dieses Rechts von bestimmten Mindesterfordernissen abhängig. Dabei kommt insbesondere den Prinzipien der Waffengleichheit und der Gegnerunabhängigkeit die Bedeutung zu, die Machtposition der Sozialpartner in der Balance zu halten und damit eine annähernde Gerechtigkeit der erzielten Lösungen zu garantieren[1]. Historisch gesehen hat die Koalitionsfreiheit in erster Linie dem Schutz der Arbeitnehmerschaft gedient, weil diese damit die individuell unterlegene mit der kollektiv gleichwertigen Position vertauschen konnte[2]. Daran wird deutlich, daß nur ein Rahmen grundsätzlich gleicher Verhandlungschancen eine auf Dauer sinnvolle Konfliktlösung ermöglicht[3]. Nun wird praktisch kaum Einigkeit darüber bestehen, ob und gegebenenfalls wann eine solche Chancengleichheit besteht; vom theoretischen Ansatz her ist jedoch zu fordern, daß das Gleichgewicht auf allen Ebenen, auf denen der Konflikt ausgetragen wird, d.h. Betrieb, Unternehmen und Tarifzuständigkeit, gewahrt wird. Eine Verschiebung des Kräfteverhältnisses auf einer Ebene gefährdet das gesamte Gleichgewicht, weil damit die Gefahr der Konfliktverlagerung auf diese Ebene verbunden ist. Geht es somit bei einer dem Leitbild des Art. 9 Abs. 3 GG entsprechenden Arbeitsverfassung darum, die Antinomie der Sozialpartner durchgängig gleichgewichtig zu institutionalisieren, so entspricht diesem Modell am ehesten eine Zuständigkeitsverteilung, bei der die Sozialpartner auf jeder Ebene ausschließlich Repräsentanten der Interessen sind, denen sie ihre Berufung verdanken.
Für den hier behandelten Konflikt zwischen Tarifautonomie und paritätischer Mitbestimmung bedeutet das,

---

1) Bartholomeyczik, AcP 166, 66; Scheuner, in Weber-Scheuner-Dietz, S. 71; Reuß, RdA 1964, 365.
2) Bartholomeyczik, AcP 166, 65; Nikisch, ArbR II, S. 3; Richardi, RdA 1964, 365.
3) Für das Tarifvertragsrecht : Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 36; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.149.

daß jeweils keiner, der Sachwalter der einen Seite ist, in den Gremien der anderen Seite mitwirken darf. Konkret wird damit die Tarifauseinandersetzung auf Arbeitgeberseite nur von solchen Personen geführt, die auch das Vertrauen der Kapitaleigner genießen.

4. Die Auswirkungen im einzelnen

a) Die Verbandsautonomie

Gestaltet man die Funktionstrennung als zwingendes Element der Arbeitsverfassung aus, so taucht die Frage nach dem Verhältnis zur Verbandsautonomie auf. Stellt es einen unzulässigen Eingriff in die Verbandsautonomie, z.B. eines Arbeitgeberverbandes dar, der die Beteiligung von Arbeitsdirektoren in seinen Tarifausschüssen für sinnvoll hält?
Eine solche Fragestellung verkehrt jedoch von vornherein den Sinn der Verbandsautonomie ins Gegenteil um. Im Unterschied zum allgemeinen Vereinsrecht ist den Sozialpartnern der "Vereinszweck", Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, vorgegeben. In dieser Zweckbindung kann die Freiheit der Willensbildung nur einseitig auf die Interessen der Mitglieder des jeweiligen Verbandes ausgerichtet sein[1]. Da zwischen den Sozialpartnern grundsätzlich gegenläufige Interessen bestehen, würde jede echte Mitwirkung der Gegenseite zu einer Verfälschung der Willensbildung innerhalb des Verbandes führen. Jede über eine reine Information hinausgehende Beteiligung von Vertretern der Gegenseite führt zu einer unzulässigen Vorverlagerung auf eine Ebene, auf der die Konfliktlösung nicht gesucht werden darf.
Aus dieser Sicht erweist sich die Verbandsautonomie letztlich als eine Wurzel der Gegnerunabhängigkeit und der grundsätzlich antagonistischen Stellung der Sozialpartner[2]. Nur der autonome Verband kann die

1) W.Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, S.17; Dietz, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 428; Biedenkopf, a.a.O., S. 53.
2) Scheuner, in Weber-Scheuner-Dietz , S. 71; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 2 Anm.7.

ihm zugewiesene Stellung der Kanalisierung und Integration der Individualinteressen seiner Mitglieder im kollektiven Bereich erfüllen. Damit liefert die Verbandsautonomie zugleich ein wichtiges Argument für die Funktionstrennung: Erst der Ausschluß von Mitgliedern der Gegenseite gewährleistet eine autonome Willensbildung.

b) Das Tarifvertragssystem

Bleiben nach der hier vorgeschlagenen Lösung Tarifauseinandersetzung und paritätische Mitbestimmung institutionell voneinander unberührt, so ist gleichwohl eine Konsequenz unausweichlich: Sogenannte Firmen- oder Haustarifverträge sind unzulässig[1], denn im Unternehmen steht der Gewerkschaft als Tarifvertragspartei nicht der Arbeitgeberverband, sondern die Unternehmensleitung, der Vorstand, gegenüber. Dieser wird seinerseits vom paritätisch besetzten Aufsichtsrat berufen und damit selbst zu einem jederzeit paritätisch besetzbaren Organ[2]. Die Folge wäre, daß bei der Tarifauseinandersetzung im Unternehmen die Arbeitnehmerseite auf beiden Seiten - als Gewerkschaft auf der einen und als Arbeitnehmervertreter im Vorstand auf der anderen Seite - vertreten wäre und damit auf dieser Ebene die angestrebte Funktionstrennung nicht stattfindet. Es liegt auf der Hand, daß ein im äußersten Fall bis zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzter Vorstand kaum als gegnerunabhängige Tarifvertragspartei bezeichnet werden kann[3]. Zum anderen wäre auch das Gegengewichtsprinzip, d.h. das institutionelle Gleichgewicht zwischen den Tarifpartnern nicht mehr gewahrt.
Von den Befürwortern der Firmen- oder Haustarifverträge mag deren Unzulässigkeit bedauert werden, weil damit ein Instrument zur Wahrung unternehmensspezifischer Interessen verlorengeht. Ein Verstoß gegen Art. 9 Abs.3 GG kann darin jedoch nicht gesehen werden, weil Art.9 Abs. 3 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[4] nicht den Bestand des jeweiligen, sondern nur

---

1) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 24; Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 41.
2) Zöllner/Seiter, a.a.O., S. 32; Bericht der Sachverständigenkommission, a.a.O., S. 94.
3) Ossenbühl, a.a.O., S. 24; Zöllner/Seiter, a.a.O., S. 39; E.R. Huber, a.a.O., S. 80 f.
4) BVerfG E 4, 96 (108); 18, 18 (26); 19, 303 (313); 20, 312 (317).

die Bereitstellung eines Tarifvertragssystems überhaupt sichert. Diesem Erfordernis genügt auch ein allein auf dem sogenannten Branchen- und Regionalvertrag basierendes Tarifvertragssystem.

Mit der Unzulässigkeit von Firmen- oder Haustarifverträgen wird zugleich ein gewichtiges Argument gegen die paritätische Mitbestimmung entkräftet.
Zu Recht haben vornehmlich Biedenkopf und Säcker darauf hingewiesen, daß mit der paritätischen Mitbestimmung im Unternehmen selbst ein Mechanismus zur Konfliktlösung bereitgestellt wird, der Tarifauseinandersetzungen außerhalb des Unternehmens und damit die Lösung des Lohnkonflikts durch Kollektivverträge, notfalls durch Arbeitskämpfe überflüssig machen könnte[1]. Gegenüber dieser Argumentation erweist sich die These von der Unzulässigkeit der Firmen- oder Haustarifverträge als notwendiges Korrelat der hier befürworteten Funktionstrennung. Ist der Rückgriff auf den im Unternehmen bereitstehenden Mechanismus zur Konfliktlösung verschlossen, so wird die Tarifauseinandersetzung zwangsläufig regional oder branchenweise ausgetragen. Hier stehen sich unabhängige und gleich starke Parteien gegenüber; die kollektivrechtliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen behält ihre ungeschmälerte Bedeutung.
Eine solche Lösung wird nicht ohne Auswirkungen auf die Stellung der Arbeitgeberverbände in der Tarifauseinandersetzung bleiben, wobei im wesentlichen zwei Faktoren eine Rolle spielen. Zum einen wird dadurch, daß bei der Willensbildung innerhalb der Arbeitgeber nur solche Mitglieder von Vorständen und Aufsichtsräten mitwirken dürfen, die zweifelsfrei den Kapitaleignerinteressen zuzuordnen sind, den Beschlüssen dieser Gremien ein größeres Gewicht zukommen. Zum anderen wird durch die Unzulässigkeit von Firmen- oder Haustarifverträgen ein Zwang zur Willensbildung oberhalb der Unternehmensebene ausgelöst, der die dann gewonnenen Ergebnisse als einheitliche und repräsentative Stellungnahme der gesamten Arbeitgeberschaft einer bestimmten Region oder Branche erscheinen läßt. Damit wird die Willensbildung der Arbeitgeber-

---

1) Biedenkopf, RdA 1970, 136; Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 296 (Fußn. 96); Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 20 f.

seite in ähnlicher Seite mediatisiert wie auf der Arbeitnehmerseite durch die Gewerkschaften; die mit der Tarifauseinandersetzung beauftragten Gremien der Arbeitgeberseite werden in stärkerem Maße als bisher nicht allein unternehmensbezogene Sachwalter der Interessen der Kapitaleigner verstanden werden.

In diesem Zusammenhang ist daruf hinzuweisen, daß bei dieser Lösung auch das Arbeitskamprecht als Annexinstitut der Tarifautonomie im bisher gehandhabten Sinn fortgilt [1]. Bestand bei einer Festlegung der Tarifpolitik oder Tariflohnbildung im Unternehmen selbst die Gefahr, daß z.B. der Beschluß der Aussperrung in einem paritätisch besetzten Vorstand faktisch nur schwerzustande kommen würde, so stehen sich außerhalb des Unternehmens gegnerfreie und waffengleiche Verbände gegenüber. Damit bleibt allerdings offen, inwieweit ein formal unabhängiger Arbeitgeberverband nicht praktisch doch der Einflußnahme der Gegenseite ausgesetzt ist. Man kann davon ausgehen, daß die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat einen paritatisch besetzten Vorstand zur Folge haben wird. Denn jede Seite wird versuchen den Vorstand mit "ihren Kandidaten" zu besetzen. Ob die Arbeitgeberverbände, die sich personell aus den Vorstandsmitgliedern der großen Unternehmen zusammensetzen, sich dann ohne weiteres von Vorstandsmitgliedern der "anderen Seite" freihalten können, bleibt problematisch, zumal eine reinliche Zuordnung der Vorstandsmitglieder zur einen oder anderen Seite nicht immer möglich sein wird. Zum anderen taucht die Frage auf, ob die Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsrat und Vorstand nicht den Beitritt des Unternehmens zu den Arbeitgeberverbänden boykottieren und diese damit praktisch "austrocknen" können. Ein solches Verhalten würde jedoch den Interessen der Arbeitnehmerseite mehr schaden als nützen.

---

1) Annexinstitut insofern, als nach überwiegender Auffassung die Arbeitskampffreiheit notwendige Ergänzung des Tarifvertragssystems ist, vgl. Gamillscheg, Koalitionsfreiheit, S.44/45; W.Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, S. 36; Hueck-Nipperdey, ArbR II/1, S. 108 f. m.w.N. Ob dagegen auch die Kampfbereitschaft zwingendes Erfordernis der Koalitionseigenschaft ist, ist umstritten; vgl. Dietz, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 441; ders., in Weber-Scheuner-Dietz, S. 99; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.149; Reuß, RdA 1964, 362 f.; ders., in Festgabe für Otto Kunze, S 279 f. m.w.N. Die Frage kann hier offen gelassen werden, da in dem hier erörterten Zusammenhang nicht die einzelnen Machtmittel, sondern deren gleichmäßige Verteilung auf die Sozialpartner im Vordergrung steht.

Denn sie würde sich der einzig möglichen Tarifvertragspartei berauben und damit die Bedeutung der Tariflohnbildung insgesamt herabmindern. Eine solche Entwicklung könnte nur eine Schwächung der organisierten Arbeitnehmerschaft zur Folge haben, deren zentrale Funktion auch im Bewußtsein ihrer Mitglieder gerade in der Führung der Tarifauseinandersetzung liegt. Darüberhinaus ist zu überlegen, ob nicht die der Arbeitnehmerseite zuzurechnenden Vorstandsmitglieder von der Mitwirkung bei dem Beschluß über den Beitritt zur Arbeitgeberorganisation ausgeschlossen sind. Denn die hier befürwortete funktionale Betrachtungsweise gebietet es, die Mitglieder der Aufsichtsräte und Vorstände unabhängig von ihrer formalen Rechtsstellung als Repräsentanten des Unternehmens als Sachwalter derjenigen Interessen zu begreifen, denen sie ihre Berufung zu verdanken haben. Eine solche Lösung fände ihre Entsprechung darin, daß es auch der Arbeitgeberseite untersagt ist, den Beitritt von Arbeitnehmern zu einer Arbeitnehmerorganisation zu verbieten oder auch nur zu erschweren.
Läßt sich somit feststellen, daß die Unzulässigkeit der Konfliktlösung im Unternehmen selbst keinen Funktionsverlust für die Tarifautonomie im allgemeinen zur Folge hat, so ist darüberhinaus zweifelhaft, ob die Beibehaltung von Firmen- oder Haustarifverträgen wirklich wünschenswert ist. Denn ihrem unbestreitbaren Vorteil, größere Sachnähe und Flexibilität im Einzelfall, stehl als gewichtiger Nachteil gegenüber, daß die Tarifpartner ihrer gesamtwirtschaftlichen Verantwortung durch Berücksichtigung überörtlicher struktur- und konjunkturpolitischer Gesichtspunkte auf Unternehmensebene nur bedingt gerecht werden können, Gesichtspunkte, denen in Zeiten schwindender Stabilität zunehmende Bedeutung zukommt.
Danach ist als Ergebnis festzuhalten: Mit Einführung der paritätischen Mitbestimmung werden Firmen- und Haustarifverträge unzulässig. Das Tarifvertragssystem als durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistetes Institut wird hierdurch jedoch nicht berührt.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes

1. Die Einführung der paritätischen Mitbestimmung führt zu einem Konflikt mit der von Art. 9 Abs. 3 GG intendierten Arbeitsverfassung, weil sie das Tarifvertragssystem in entscheidenden Funktionsvoraussetzungen beeinträchtigt. Im einzelnen sind die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberverbände und der Grundsatz der

Gleichgewichtigkeit der Sozialpartner in Frage gestellt.

2. Dieser Konflikt führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit der paritätischen Mitbestimmung. Er macht vielmehr eine Funktionstrennung in der Weise erforderlich, daß die Tarifauseinandersetzung aus der Unternehmensebene ausgegliedert und außerhalb des Unternehmens von solchen Gremien geführt wird, die sich ausschließlich Repräsentanten entweder der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite zusammensetzen.

3. Haus- und Firmentarifverträge sind wegen der innerhalb des Unternehmens nicht gewährleisteten Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberseite unzulässig.

4. Stellt die Einführung der paritätischen Mitbestimmung im Bereich der Gesamtwirtschaft schon keinen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG dar, so kann das Ergebnis im Bereich der kommunalen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen kein anderes sein, zumal die Einwirkungsmöglichkeiten auf die kommunalen Arbeitgeberverbände ohnehin geringer sind, da diese überwiegend von den Hauptverwaltungsbeamten der Kommunen bestimmt werden.

2. Abschnitt

Verstößt die Einführung der paritätischen Mitbestimmung durch die Kommunen gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens?

I. Problemstellung

1. Nach dem erklärten Willen des DGB soll die Einführung der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen beispielhafte Wirkung haben[1]. Gerade die Vergleichbarkeit von kommunalen und privaten Unternehmen von ihrer Funktion her lege es nahe, "bereits vor einem Gesetzgebungsakt des Bundestages die Ausdehnung der Mitbestimmung ganz oder teilweise zu verwirklichen"[2]. An anderer Stelle ist "von dem präjudizierenden Beispiel der paritätischen Mitbestimmung in den kommunalen Gesellschaften, die nicht ohne Auswirkung auf die Betriebe der Privatwirtschaft bleiben könne"[3], die Rede.

Diese Zielsetzung wird von Biedenkopf/Säcker im rechtspolitischen Teil ihrer Abhandlung mit offensichtlichem Unbehagen registriert, ohne daß ein konkreter rechtlicher Anknüpfungspunkt für dieses Unbehagen genannt wird[4]. Einen solchen Anknüpfungspunkt hat jetzt erstmals Ossenbühl[5] in der Pflicht der Gemeinden zu bundesfreundlichem Verhalten gefunden. Hierbei greift er einen insbesondere von W. Weber[6] und dem OVG Münster[7] geäußerten Gedanken auf, wonach der vom BVerfG für das Verhältnis Bund-Länder postulierte Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens auch im Verhältnis Bund-Gemeinden gelte.

---

1) Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Drei Modellentwürfe der Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1969, S.7.
2) Stellungnahme des DGB, in Welt der Arbeit vom 10.7.1970.
3) K.-H. Hoffmann, Gesellschaftspolitische Kommentare, Nr. 17 (1970), S. 202, 203.
4) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 218 f.
5) Ossenbühl, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 28 f.
6) W. Weber, in Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 19, 30; ders. in Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2.Aufl. 1967, S. 136.
7) OVG Münster, DVBl 1964, 681.

Dieser Grundsatz verpflichte die Gemeinden selbst da, wo sie Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wahrnähmen, zur Rücksichtnahme auf bundesstaatliche Interessen. Damit werde freilich nur eine äußerste Grenze der Kompetenzausübung markiert[1].

2. Nach diesen einführenden Bemerkungen fällt es nicht schwer, die Relevanz des Grundsatzes bundesfreundlichen Verhaltens für die Einführung der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen aufzuzeigen: Die Gemeinden könnten aus der Pflicht zur Rücksichtnahme auf bundesstaatliche Interessen gehalten sein, die Frage der Mitbestimmung bis zu einer bundesgesetzlichen Regelung auszusetzen. Dies hat insofern auch aktuelle Bedeutung, als die Frage der Mitbestimmung angesichts der Regierungserklärung von Januar 1973 und des Koalitionskompromisses vom 19. Jan. 1974 voraussichtlich in der laufenden Legislaturperiode gesetzlich geregelt wird und die in Betracht kommenden privatrechtlich organisierten Unternehmen zumindest zum Teil unter die Geltung dieses Gesetzes fallen werden[2]. Es kann also der Fall eintreten, daß die in Frage stehenden Mitbestimmungsmodelle schon nach kurzer Zeit "gesetzgeberisch überholt werden".

II. Begründung für die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten

1. Vergleichbarkeit Verhältnis Bund-Länder und Bund-Gemeinden?

Auf den ersten Blick will es scheinen, daß eine Begründung für die Pflicht der Gemeinden zu bundesfreundlichem Verhalten nicht schwerfällt. Wenn schon, wie allgemein anerkannt, die Länder, denen eigene Staatlichkeit zukommt, im Bereich ihrer eigenen Aufgaben

---

1) Ossenbühl, a.a.O., S.30, 31.

2) Dies gilt, wenn der Gesetzentwurf Gesetz wird, nur für Unternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten. Der größere Teil der kommunalen Unternehmen würde daher nicht unter das Gesetz fallen. Im Bereich der VKA (Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände) gibt es etwa 300 kommunale Eigengesellschaften. Davon haben höchstens 25 mehr als 2.000 Beschäftigte. In Niedersachsen gibt es 54 kommunale Eigengesellschaften. Davon haben zwei, nämlich die Stadtwerke Hannover AG und die Üstra AG, mehr als 2.000 Beschäftigte.

Rücksicht auf die Interessen des Bundesstaates nehmen müssen[1], ist schwer einzusehen, warum die Gemeinden in dieser Beziehung besser stehen sollen[2]. Dieser naheliegenden Schlußfolgerung begegnen jedoch aus zwei Gründen Bedenken:

a) Bedenken aus Art. 28 Abs. 2 GG

Nach einhelliger Auffassung gewähren Grundgesetz und Länderverfassungen den Kommunen mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung einen unantastbaren Kernbereich eigener Organisationsgewalt[3]. In diesem Bereich ist jeder staatliche Eingriff unzulässig. Gerade die Einrichtung und Unterhaltung von Versorgungsbetrieben ist herkömmlicherweise eine von den Kommunen in eigener Verantwortung zu regelnde Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft[4]. Eine Rücksichtnahme auf staatliche Interessen über den Rahmen der bestehenden Gesetze hinaus würde danach voraussetzen, daß man von der Organisationsgewalt der Kommunen eine staatliche, nicht die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffende Komponente abspalten könnte. Es liegt auf der Hand, daß über das Vehikel mitbeteiligter staatlicher Interessen die Gefahr einer Aushöhlung der Selbstverwaltungsgarantie besteht.

---

1) BVerfG E 1, 117 (131); 1, 299 (315 f.), 4, 115 (140); 8, 104 (138); 12, 205 (254); 14, 197 (215); Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 22 zu Art. 20; Leibholz-Rinck, GG, Anm. 8 zu Art. 20, jeweils m.w.N.

2) Ossenbühl, a.a.O., S. 30.

3) Stern, in BK, Anm. 64 f. zu Art. 28; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 32 u. 33 zu Art. 28, jeweils m.w.N.

4) Ob die Versorgung mit Wasser, Gas und Strom zum eigenen Wirkungskreis gehört, wird angesichts großräumiger Verbundwirtschaft (RWE, Preußag usw.) bezweifelt; vgl. Fischerhof, DÖV 1957, 314 f.; dabei wird jedoch übersehen, daß die Entscheidung, ein solches Unternehmen zu gründen oder ihm beizutreten, in der Hand der Gemeinde liegt, vgl. auch Art. 83 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern, wonach zum eigenen Wirkungskreis insbesondere die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft gehört; so auch Stern, Beiträge zur Kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 44 (1970), S. 10 f.

b) Bedenken aus der unterschiedlichen Stellung von Ländern und Gemeinden

Darüberhinaus beruht die Argumentation, die Gemeinden dürften in ihrem Verhältnis zum Bundesstaat nicht besser stehen als die Länder, auf der Annahme, daß zwischen Bund und Gemeinden, wenn auch nicht gleiche, so doch zumindest vergleichbare Beziehungen bestehen wie zwischen Bund und Ländern. Diese Annahme ist jedoch mit einem Fragezeichen zu versehen. Denn die Postulierung der gegenseitigen Rücksichtnahmepflicht zwischen Bund und Ländern beruht letztlich auf dem "Konkurrenzverhältnis" dieser beiden durch Parlamentarismus mit originärer politischer Entscheidungsgewalt ausgestatteten Körperschaften. Gerade weil Bund und Ländern eigene Staatlichkeit zukommt, kann eine unterschiedliche Kompetenzausübung in diesem Verhältnis so gravierend sein, daß sie über die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten dem politischen Willen der umfassenden Einheit Bundesstaat angepaßt werden muß. Gleiches läßt sich von den Gemeinden nicht sagen. Diesen mangelt es an eigener Staatlichkeit; der Katalog der im Bereich ihrer eigenen Organisationsgewalt liegenden Aufgaben ist von vornherein so begrenzt, daß es an dem für Bund und Länder in den Überschneidungszonen charakteristischen Konkurrenzverhältnis fehlt. Hinzu kommt, daß eine abweichende Kompetenzausübung durch ein Land (z.B. bei der Beamtenbesoldung) sich als Verletzung der Treuepflicht gegenüber dem Bund darstellen kann[1], während z.B. die abweichende Besoldung von Gemeindebediensteten nicht ohne weiteres eine Störung der bundesstaatlichen Ordnung befürchten läßt[2]. Zumindest läßt sich jedenfalls sagen, daß die umfassendere Kompetenz der Länder quantitativ und qualitativ weitreichendere Möglichkeiten zur Verletzung der bundesstaatlichen Ordnung beinhaltet als dies bei den Gemeinden der Fall ist.

2. Ableitung aus Treu und Glauben

Stößt somit die Begründung einer Pflicht der Gemeinden zu bundesfreundlichem Verhalten auf Schwierigkeiten, so nimmt es nicht wunder, daß dieses Thema gerade in jüngerer

1) Vgl. BVerfG E 4, 115 (140-142).
2) Abgesehen von den landesrechtlichen Bestimmungen über die Besoldung von Kommunalbeamten.

Zeit eine umfangreiche Monographie gewidmet worden ist[1]. Die Ergebnisse dieser Untersuchung können hier nur stark vereinfacht wiedergegeben werden: Ausgangspunkt für die Überlegungen von v. Kempis ist die vom BVerfG in seinen einschlägigen Entscheidungen[2] vertretene Ableitung der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten aus dem Wesen der bundesstaatlichen Ordnung. Diese Ableitung stimmt von Kempis zu und will sie im Wege der funktionellen Rechtsanalogie auf die wechselseitigen Beziehungen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden übertragen[3]. Diese auf dem Wesen des bundesstaatlichen Aufbaues, d.h. auf der Natur der Sache fußenden Argumentation decke jedoch die hinter ihr stehende materielle Wertung nur fragmentarisch auf und bedürfe daher der Ergänzung durch eine umfassende Kategorie im Sinne eines rechtsethischen Prinzips[4]. Dieses Prinzip sei in dem auch zwischen Bund, Ländern und Gemeinden gültigen allgemeinen Vertrauensgrundsatz von Treu und Glauben zu sehen[5].

3. Stellungnahme

Ob der Grundsatz von Treu und Glauben eine tragfähige Begründung für die gegenseitige Treuepflicht zwischen Bund, Ländern und Gemeinden abgibt, bedarf der Überprüfung vor allem in methodologischer Hinsicht. dabei mag die Frage, in welchem Umfang dieser im Bereich des öffentlichen Rechts regelmäßig im Verhältnis Staat-Bürger zur Korrektur des oft starren Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung angewandte Grundsatz[6] auch zwischen den Gliedern des Staates gilt, dahingestellt bleiben[7]. Der Rückgriff auf einen derart weitgespannten allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Ableitung ganz konkreter Pflichten erscheint ohnehin bedenklich; er verbietet sich jedoch, wenn sich im Wege konkretisierender Interpretation anhand einer Normen-bezogenen Wertung Ansatzpunkte für die Lösung

1) v. Kempis, Die Treuepflicht zwischen Gemeinden und Staat und der Gemeinden untereinander, Kölner Dissertation 1970.
2) BVerfG E 1, 117 (131); 1, 299 (315 f.); 4, 115 (140); 8, 104 (138); 12, 205 (254); 14, 197 (215).
3) v. Kempis, a.a.O., S. 59 f.
4) v. Kempis, a.a.O., S. 82.
5) S. 107 f.
6) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10.Aufl., S. 169 m.w.N.
7) Einschränkend Bayer, Die Bundestreue, 1961, S. 58 m.w.N.

eines Problems finden lassen[1]. Das von v. Kempis angewandte Verfahren der funktionellen Rechtsanalogie ist dann unzulässig, wenn sich das gleiche Ergebnis im Wege der Verfassungsinterpretation gewinnen läßt.

4. Ableitung aus der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes

a) Normative Anknüpfungspunkte im Verhältnis Bund-Länder

Hierbei soll zunächst das Verhältnis Bund-Länder und dann die Anwendbarkeit der gewonnenen Ergebnisse im Verhältnis zu den Kommunen untersucht werden.

Einen geschriebenen Verfassungssatz des Inhaltes, daß Bund und Länder auf die Belange des jeweils anderen Rücksicht zu nehmen hätten, gibt es nicht. Gleichwohl hat das BVerfG den Grundsatz der Bundestreue letztlich aus dem Wesen der bundesstaatlichen Ordnung gefolgert und ihm den Rang eines ungeschriebenen Verfassungssatzes zugewiesen[2]; methodologisch handelt es sich hierbei um ein Argument aus der Natur der Sache[3]. In der Tat birgt gerade die bundesstaatliche Ordnung mit ihrer gewollten Kompetenzaufsplitterung an die beiden Glieder des Staates die Gefahr in sich, daß in den Überschneidungszonen, d.h. dort wo das Gebrauchmachen von einer Kompetenz automatisch die Interessen des anderen Gliedes berührt, ein vom gesamtstaatlichen Interesse her unerträgliches Maß an unterschiedlicher Kompetenzausübung auftritt[4]. Auf den ersten Blick mag es scheinen, als werde einem von vornherein erwünschten Ergebnis im Interesse unitarischer Bestrebungen der

---

1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 27 f.
2) Siehe die unter Fußn.2, S.36 zitierten Entscheidungen.
3) v. Kempis, a.a.O., S.571.
4) Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG: abweichende Besoldung von Landesbeamten gegenüber Bundesbeamten (BVerfG E 3, 57, betr. Weihnachtsgratifikation; 4, 140; 12, 254); Finanzausgleich zwischen den Ländern (BVerfG E 1, 131; 12, 254); Entzug der von den Rundfunkanstalten der Länder benutzten Wellenbereiche durch den Bund (BVerfG E 12, 239, 249, 255).

Schein der Verfassungsinterpretation verliehen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß das Grundgesetz mit der Schaffung eines Bundesstaates wohl der Entstehung einer übermächtigen Zentralstaatsgewalt eine Absage erteilt hat, nicht aber dem Gegeneinander der beiden Glieder Vorschub leisten wollte. Daraus folgt, daß die bundesstaatliche Grundstruktur wohl eine reinliche Scheidung der Kompetenzen zum Ziel hat[1], nicht aber, wo dies nicht gelungen ist, ein Gegeneinanderwirken der beiden Glieder des Staates. Betrachtet man die Verfassung als Gesamtgefüge[2], so gibt das Grundgesetz nicht nur durch die Schaffung des Bundesstaates an sich (Art. 20 Abs. 1 GG), sondern auch in denjenigen Normen, die die Funktionsmechanismen für das Zusammenwirken von Bund und Ländern enthalten und damit den Bundesstaat konkretisieren, einen Hinweis auf die vorrangige Stellung des gesamtstaatlichen Interesses gegenüber den Einzelinteressen von Bund und Ländern. Hierher zählen die Normen über die Abgrenzung von Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeiten (Art. 70 f., Art. 83 f. GG) ebensosehr wie der über Art. 31 GG gewährleistete Vorrang des Bundesrechts und die Möglichkeit des Bundeszwanges (Art. 37 GG) sowie schließlich die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Bund-Länder-Streitigkeiten gem. Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG[3]. Alle diese Normen sind von dem Bestreben gekennzeichnet, im Interesse des Gesamtstaates eine lückenlose Kompetenzverteilung zu sichern. Insofern stellt der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens

---

1) Die Bundestreue wird nur unter dem Blickwinkel des Gebrauchmachens von Kompetenzen untersucht; der Gesichtspunkt der Rücksichtnahmepflicht auch im "procedere" bei Verhandlungen, den das BVerfG (E 12, 255 f.) hervorhebt, kann hier vernachlässigt werden.

2) Das ist wegen der Einheit der Verfassung erforderlich; vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts (6.Aufl.), S. 28; Leibholz-Rinck, GG, Einf. Anm. 7 (S. 8).

3) Eine vollständige Aufzählung aller in diesem Zusammenhang einschlägigen Artikel des GG findet sich bei v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. III 3a) zu Art. 20.

letztlich eine Ergänzung der vom Grundgesetz gegebenen Kompetenzverteilung dar, dergestalt, daß Zentralstaat und Glieder in ihrem Verhalten den gemeinsamen Interessen des Staates Rechnung zu tragen haben[1].

Es darf jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß neben den überwiegend zustimmenden Stellungnahmen in der Literatur[2] die Bedeutung der Pflicht zur Bundestreue von K. Hesse in Zweifel gezogen wird[3]. Hesse vertritt die Auffassung, daß, "soweit die Zulässigkeit und Art. der Ausnutzung von Zuständigkeiten durch den Bund oder die Länder streitig ist, die traditionellen Grundsätze über den Rechtsmißbrauch oder das Prinzip der Verhältnismäßigkeit eingreifen und die Heranziehung der Bundestreue entbehrlich ist" [4]. Dem ist entgegenzuhalten, daß zum einen mit der Heranziehung der Grundsätze über den Rechtsmißbrauch und die Verhältnismäßigkeit kaum andere Ergebnisse gewonnen werden[5], zum anderen aber der wahre Grund eines rechtsmißbräuchlichen Verhaltens oder eines Verstoßes gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit das gegenüber dem Bundesstaat treuwidrige Gebrauchmachen von einer formal gegebenen Kompetenz ist. Auch macht es vom Ergebnis her keinen Unterschied, ob man mit dem Bundesverfassungsgericht durch den Grundsatz der Bundestreue der Ausübung einer formal gegebenen Kompetenz Schranken zieht, oder, wozu Hesse offensichtlich neigt, diese konkrete Kompetenz im Falle des Verstoßes gegen die genannten Grundsätze als nicht gegeben ansieht.

b) Bindung der Gemeinden als Teil der Länder

Besteht somit eine Pflicht zu bundestreuem Verhalten im Verhältnis Bund-Länder, so läßt sich Gleiches nicht ohne weiteres für die Kommunen sagen. Daß das Grundgesetz

---

1) Bayer, Die Bundestreue, S. 52.
2) Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 22 zu Art. 20; v. Mangoldt-Klein, a.a.O., Anm.III 3 b) zu Art. 20; Leibholz-Rinck, GG, Anm. 4 - 9f.) zu Art. 20.
3) K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 6 f.; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 107 f.
4) K.Hesse, Der unitarische Bundesstaat, S. 9.
5) Daneben ist die Heranziehung der auf § 242 BGB zurückgehenden Grundsätze über den Rechtsmißbrauch im Bereich des Staatsrechts nicht unbedenklich, vgl. Bayer, Die Bundestreue, S. 47 f.

über innere Verfassung und Aufgabenbereich der Gemeinden nur die Notwendigkeit einer frei gewählten Volksvertretung (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) und die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) enthält, kann nicht überraschen. Denn aus Stellung und Wortlaut von Art. 28 Abs. 1 und 2 GG geht hervor, daß das Grundgesetz einen zweistufigen und keinen dreistufigen Staatsaufbau zugrunde legt und dabei Gemeinden und Gemeindeverbände als innere Gliederung der Länder ansieht[1].

Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG statuiert die essentiellen Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung in den Ländern (sog.Homogenitätsklausel). Wenn unmittelbar im Anschluß daran in Satz 2 der Grundsatz einer aus freien Wahlen hervorgegangenen Volksvertretung für Länder, Kreise und Gemeinden als weiteres essentielles Element genannt wird, kann der Systemzusammenhang der Sätze 1 und 2 des Absatzes 1 sinnvoll nur so verstanden werden, daß Kreise und Gemeinden Bestandteile der verfassungsmäßigen Ordnung, der inneren Organisation der Länder sind[2].

Aus dieser Stellung heraus sind Gemeinden und Gemeindeverbände keine selbständigen Subjekte für die Pflicht zur Bundestreue, sie sind hieran vielmehr als Teile der Länder gebunden[3]. Verhält sich eine Gemeinde gegenüber dem Bund treuwidrig, so ist nicht sie, sondern das Land gegenüber dem Bund zur Abstellung verpflichtet. Folgerichtig hat auch das Bundesverfassungsgericht in einem Fall, in dem hessische Gemeinden Volksbefragungen über die atomare Bewaffnung der Bundeswehr durchführten, das Land Hessen als verpflichtet angesehen, das wegen der alleinigen Zuständigkeit des Bundes für die Verteidigung

---

1) Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 23 zu Art.28; Gönnewein, Gemeinderecht, 1963, S. 247; a.A. Stern, in BK, Anm. 78 zu Art. 28.

2) Das folgt im übrigen auch daraus, daß das Grundgesetz den Ländern die innere Ausgestaltung der Gemeindeverfassungen überläßt, vgl. Pagenkopf, Kommunalrecht, 1971, S. 11 f.

3) Im Ergebnis ebenso Ossenbühl, Rechtsgutachten, S.29 f., der jedoch einerseits den Gemeinden wegen des zweistufigen Staatsaufbaus eine selbständige Pflichtenstellung abspricht, sie aber andererseits zu bundesfreundlichem Verhalten verpflichtet sieht,weil sie nicht besser stehen dürften als die Länder;das ist insofern nicht konsequent, weil auf dem Umweg über das "Nichtbesser-Stehen-Dürfen" den Gemeinden eine selbständige,dem dreistufigen Aufbau entsprechende Pflichtenstellung eingeräumt wird.

pflichtwidrige Vorgehen der Gemeinden zu unterbinden[1]. Mit diesen Hinweisen sind zugleich die eingangs erwähnten Bedenken[2], ob die Kommunen grundsätzlich Adressat - nicht Subjekt - einer solchen Pflicht sein können, in befriedigender Weise ausgeräumt. Wenn und soweit - hier sind allerdings nicht viele Fälle denkbar - die Kommunen in die Interessenssphäre des Bundes übergreifen, stellt das Nichteingreifen des Landes einen Verstoß gegen die Treuepflicht dar.

5. Verhältnis zur Selbstverwaltungsgarantie und allgemeinen Staatsaufsicht

Obliegt die Wahrung der Bundestreue durch die Kommunen den Ländern, so taucht die allgemeine Problematik von Inhalt und Grenzen staatlicher Ingerenzrechte gegenüber den Gemeinden auf. Diese wiederum stellt sich als Kehrseite des Umfanges der Selbstverwaltungsgarantie dar, denn zumindest die Zweckmäßigkeitskontrolle findet ihre äußerste Grenze an dem Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie. Sicher ist, daß unter der Ägide des Art. 28 Abs. 2 GG eine Wiederbelebung einer Staatskuratel im Sinne von § 106 DGO unzulässig wäre[3].

a) Eigener und übertragener Wirkungskreis

Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang sowohl der Bereich des eigenen als auch der des übertragenen Wirkungskreises. Im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten sind Verstöße gegen die Pflicht zur Bundestreue kaum denkbar; soweit dies noch der Fall sein sollte, stellen sie einen Rechtsverstoß dar und werden von der Rechtmäßigkeitskontrolle, die sich allerdings auf die fehlerfreie Ausübung des Ermessens ebenso erstreckt wie auf die richtige Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe[4], erfaßt. Im Bereich des übertragenen Wirkungskreises nehmen die Kommunen staatliche Aufgaben wahr; mögliche Verstöße können daher durch Erteilung von Weisungen, wie sie einer hierarchisch geglie-

1) BVerfG E 8, 104 (138 f.).
2) Siehe oben II 1b), S. 35.
3) Gönnewein, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 514 f.; Köttgen, HBKWP, 1.Bd. 1956, S. 219.
4) W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2.Aufl. 1967, S. 135.

derten Verwaltung entsprechen, unterbunden werden[1].

b) Sogenannte res mixtae

Dagegen soll die Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten staatliche Aufsichtsrechte gerade in dem Bereich materiell rechtfertigen, in dem staatliche und kommunale Interessen gleichermaßen berührt sind. Es ist dies der Bereich der sog. res mixtae oder des Kondominiums[2], der in der Literatur vor allem wegen der in den Gemeindeordnungen vielerorts vorgesehenen staatlichen Genehmigungsvorbehalten zu unterschiedlichen Auffassungen geführt hat[3]. Dabei entzündet sich der Streit an denjenigen Bestimmungen der Länderverfassungen, die die staatliche Aufsichtsgewalt auf eine reine Rechtskontrolle beschränken[4].
Die eine Auffassung sieht in diesen Bestimmungen der Länderverfassungen eine radikale Beschränkung auf eine reine Legalitätskontrolle[5] und hält teilweise die einfachgesetzlichen Genehmigungsvorbehalte für Landes-verfassungswidrig[6]; jede Abspaltung besonderer Mitwirkungsrechte führe zu einer vom Wortlaut der Landesverfassungen nicht gedeckten Sonderaufsicht[7].

Demgegenüber geht die andere Auffassung dahin, die Landesverfassungen wollten lediglich den Zustand wieder herstellen, wie er vor Inkrafttreten des § 106 DGO bestanden habe[8].

---

1) Vgl. Gönnewein, Gemeinderecht, 1963, S. 197 f. m.w.N.
2) Begriffe bei W.Weber, a.a.O., S. 135; Köttgen, a.a.O., S. 219.
3) Vgl. Kl. Müller, Verw.-Arch., Bd. 54, S. 170 f.; Seeberger, DStg 1961, S. 535 f.; Gönnewein, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 514 f.; Salzwedel, AfK 1 (1962), 203 f.; W. Weber, a.a.O., S. 134; Köttgen, a.a.O., S. 218 f.
4) Art. 44 Abs. 5 Vorl. Nds. Verf.; Art. 83 Abs. 4 Verf. d. Freistaates Bayern; Art. 137 Abs. 3 Verf. des Landes Hessen; Art. 49 S.3 der Verf. f. Rheinland-Pfalz; Art. 78 Abs. 3 d. Verf. f. das Land Nordrhein-Westfalen.
5) Seeberger, DStg 1961, 537; Gönnewein, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 527.
6) So wohl Kl. Müller, Verw.Arch., Bd. 54, S. 196.
7) Gönnewein, Gemeinderecht, S. 203.
8) A. Köttgen, HBKWP, 1.Bd. 1956, 219-221; Salzwedel, AfK 1 (1962), 216; Luerssen-Neuffer, Niedersächsische Gemeindeordnung, Anm. 3 zu § 133.

Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen für die zweite Lösung. Schon wegen des Ineinandergreifens der Kompetenzen und der damit verbundenen Notwendigkeit der Kooperation besteht ein Bedürfnis, den staatlichen Interessen Geltung zu verschaffen. Die Problematik der Zweckmäßigkeitskontrolle kristallisiert sich damit als Kehrseite der in der modernen Verwaltung immer häufiger anzutreffenden Zuweisung einer Aufgabe an verschiedene Träger öffentlicher Verwaltung heraus. Eine bestimmte Aufgabe der Fach- oder der Rechtsaufsicht zuzuordnen, mag historisch gesehen richtig gewesen sein, als eine reinliche Scheidung zwischen übertragenem und eigenem Wirkungskreis noch möglich war[1]. Demgegenüber liegt es heute nahe, dort, wo verschiedene staatliche Stellen in Form einer Sachkompetenz beteiligt sind, eine auf Wahrung dieser Sachkompetenz zielende Zweckmäßigkeitskontrolle zu gewähren[2]. An Beispielen sind hier der gesamte Bereich des Gemeindehaushalts- und Wirtschaftswesens unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Wirtschaftsführung sowie die Bestätigung von Wahlen solcher Amtswalter, die auch staatliche Angelegenheiten verantwortlich zu verwalten haben, zu nennen[3]. Solche Zweckmäßigkeitserwägungen allein vermögen allerdings die aus dem entgegenstehenden Wortlaut der Landesverfassungen resultierenden Bedenken nicht auszuräumen. Das geschieht vielmehr erst durch die allgemeine Treuepflicht zwischen den verschiedenen Teilen des Staates[4], die sich unter diesem Aspekt als Gewährträger der kooperativen Erfüllung einer Aufgabe gerade in dem Bereich erweist, in dem - entsprechend der örtlichen und überörtlichen Komponente - auch die überörtlichen Interessen gewahrt werden müssen. Die Selbstverwaltungsgarantie erleidet dabei keine Einschränkung, da sie den Kommunen eine eigenverantwortliche Erfüllung örtlicher Aufgaben nur insoweit

---

1) So noch Suren-Loschelder, Die Deutsche Gemeindeordnung, 1.Bd. 1940, Erl. 3 zu § 2 DGO; vgl. auch Gönnewein, Gemeinderecht, S. 205.
2) Salzwedel, AfK 1 (1962), 219; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 137 f.
3) Vgl. H.J. Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 197, mit weiteren Beispielen, die jedoch das Verhältnis Land-Gemeinde betreffen, da in diesem Verhältnis der Grundsatz der Treuepflicht wegen der engen Verflechtungen praktisch eine weit größere Rolle spielt als im Verhältnis Bund-Gemeinde.
4) Zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Landes sind die Gemeinden aufgrund selbständiger Pflichtenstellung als Teil der inneren Organisation der Länder verpflichtet; so im Ergebnis auch OVG Münster, DVBl 1963, 681.

zusichert, als auch tatsächlich eigene, d.h. örtlich bestimmte Angelegenheiten wahrgenommen werden.

Hat der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens rechtlich die Qualität eines ungeschriebenen Verfassungssatzes, so sind die Bestimmungen der Länderverfassungen im Wege verfassungskonformer Auslegung damit in Übereinstimmung zu bringen[1]. Insofern kann man die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht als von den Länderverfassungen stillschweigend mitgedachten Grundsatz ansehen und den tieferen Grund für den scheinbar entgegenstehenden Wortlaut in einem gegenüber der nationalsozialistischen Gleichschaltung gewollt eindeutigen Bekenntnis zur kommunalen Selbstverwaltung erblicken[2]. Bei der Ausübung der Kontrolle haben sich die staatlichen Instanzen allerdings auf diejenigen Gesichtspunkte zu beschränken, die von der Sache her überörtlichen Charakter haben. Soweit sie eine Zweckmäßigkeitskontrolle in einem Bereich ausüben, in denen ihnen keine Sachkompetenz zusteht oder sie ihre Aufsichtsbefugnisse über die Überwachung dieser Kompetenz hinaus ausdehnen, liegt ein Eingriff in dem vom Grundgesetz garantierten Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung vor, der die Kommunen zur Anfechtung vor dem Verwaltungsgericht berechtigt. Dabei hat das Gericht die von den Aufsichtsbehörden in Anspruch genommene Sachkompetenz mit zu prüfen[3].

III. Schlußfolgerungen

Sind somit auch grundsätzlich die Gemeinden zu bundesfreundlichem Verhalten verpflichtet, so fragt sich nun, ob die Einführung der erweiterten Mitbestimmung in kommunalen Gesellschaften einen Verstoß gegen diese Pflicht darstellt.

---

1) Dies ist allerdings nur möglich, wenn man die Bestimmungen für die auslegungsfähig, d.h. nicht für alle denkbaren Fälle eine Zweckmäßigkeitskontrolle ausschließend, hält; sollte das nicht der Fall sein, so wären die Bestimmungen als Verstoß gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens und damit als verfassungswidrig zu werten, was zu dem gleichen Ergebnis führen würde.

2) Vgl. Salzwedel, AfK 1 (1962), 216; Köttgen, HBKWP, 1.Bd. 1956, S. 219.

3) W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 136; OVG Münster, DVBl 1964, 681.

1. Das Ergebnis von Ossenbühl

Ossenbühl hat einen Verstoß verneint[1]. Er vertritt die Auffassung, die Gemeinden seien im örtlichen Wirkungskreis keineswegs gehalten, auf die politischen Richtlinien des Bundes Rücksicht zu nehmen[2].
Angesichts der Funktion des Grundsatzes der Bundestreue als äußerste Grenze der Kompetenzausübung würde seine Anwendung auf die Mitbestimmungsmodelle der Gemeinden auf eine allgemeine Gleichschaltung der Gemeinden hinauslaufen[3].
Ob schließlich die bereits praktizierten Mitbestimmungsmodelle einen "Zugzwang" auf den Gesetzgeber ausüben, sei eine der Spekulation nahestehende, nicht überprüfbare und faßbare Frage[4].

2. Stellungnahme und eigenes Ergebnis

a) Der entscheidende Anknüpfungspunkt für Grundsatz und Umfang bundesfreundlichen Verhaltens war der Übergriff in den Kompetenzbereich eines anderen Teiles des Staates. Wenn Ossenbühl die Organisation der kommunalen Gesellschaften dem örtlichen Wirkungskreis der Gemeinden zurechnet, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Mitbestimmung zu der örtlichen Organisationsgewalt der Gemeinden für ihre Gesellschaften. Hierbei wird von Ossenbühl angenommen, der Rahmen des örtlichen Wirkungskreises umspanne mit der allgemeinen Organisationsgewalt für kommunale Unternehmen auch die Schaffung eines beliebigen Mitbestimmungsmodells[5]. Damit wird im Ergebnis bestritten, daß für die Frage der Mitbestimmung überhaupt ein Kondominium zwischen Gemeinde und Bund und damit ein Anwendungsfall für den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens vorliegt.

Demgegenüber ist festzuhalten, daß für die in Frage stehenden Gesellschaften die jeweiligen Mitbestimmungsgesetze des Bundes gelten, mag man dies auch als Preis für die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform bedauern[6].

1) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 31.
2) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 31.
3) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 31.
4) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 31.
5) Ossenbühl, a.a.O., S. 31; Raiser, RdA 1972, 72.
6) Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 76 spricht von "Formenmißbrauch"; vgl. auch Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 260 f.

Im Fall der gesetzlichen Einführung der paritätischen Mitbestimmung durch den Bund verlieren alle abweichenden Regelungen der Gemeinden ihre Gültigkeit. Auch unter dem geltenden Recht hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz in Gestalt der §§ 76 bis 77 a BetrVG 1952 Gebrauch gemacht, die von der herrschenden Meinung als zwingendes Recht angesehen werden,wobei allerdings die hier in Frage stehende Erweiterung der Mitbestimmung durch Stimmbindungsvertrag überwiegend für zulässig gehalten wird [1]: Insofern handelt es sich nicht nur um politische Richtlinien des Bundes, sondern es liegt die für die Anwendungsfälle des Grundsatzes bundesfreundlichen Verhaltens charakteristische Überschneidung zweier Kompetenzen vor, die des Bundes für die Mitbestimmung und die der Gemeinden für die Organisation ihrer Gesellschaften. Der Grund für die Unanwendbarkeit des Grundsatzes bundesfreundlichen Verhaltens kann daher nicht darin gefunden werden, daß das jeweilige Mitbestimmungsmodell mangels bundesgesetzlicher Regelung eine Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises sei, bei dessen Ausgestaltung die Kommunen von vornherein ungebunden seien.

b) Gleichwohl ist Ossenbühl im Ergebnis zuzustimmen. Markiert der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens eineäußerste Grenze der Kompetenzausübung, so ist für seine Anwendung jedenfalls dann kein Raum, wenn der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz nicht in einer eindeutigen, erkennbar jede abweichende Regelung ausschließenden Weise Gebrauch gemacht hat. Hierbei kann der Geltungsbereich der §§ 76 bis 77 a BetrVG 1952 nicht isoliert betrachtet werden. Eine Einschränkung der kommunalen Oranisationsgewalt ließe sich wegen der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hervorgehobenen Funktion der Treuepflicht als äußerste Begrenzung der Gestaltungsfreiheit [2] nur dann ver-

---

1) Fitting-Auffahrt, BetrVG, 10.Aufl., 1972, Anm.7 zu § 76 BetrVG 1952; Hueck-Nipperdey-Säcker, ArbR II/2, 7.Aufl. 1970, S. 1490, die jedoch unter Anm. 3 auf S. 1490 eine Erweiterung der Mitbestimmung durch Stimmbindungsvertrag für zulässig halten; so auch Raiser, RdA 1972, S. 68; Hensche, Arb u. R 1971, 37. Man wird im Ergebnis mit Hueck-Nipperdey-Säcker, Raiser und Hensche, jeweils a.a.O., davon ausgehen müssen, daß die §§ 76 u. 77 BetrVG 1952 weder auf die schlichte Zuwahl von Arbeitnehmervertretern noch auf Stimmbindungsverträge anwendbar sind, da insoweit die Aktionäre bzw. Gesellschafter in ihrer Dispositionsbefugnis hinsichtlich des Unternehmens frei sind; zu dem gleichen Ergebnis gelangt Hueck, BB 1952, 925, der jedoch die §§ 76 u. 77 BetrVG 1952 von vornherein nicht als zwingendes Recht ansieht.

2) BVerfG E 8, 104 (139).

treten, wenn der Bund selbst den gesamten Bereich der wirtschaftlichen Mitbestimmung einheitlich geregelt hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Im Bereich der Montanindustrie ist die paritätische Mitbestimmung durch das Mitb G 1952 eingeführt, während im Bereich der sonstigen Wirtschaft über § 129 Abs. 1 BetrVG die §§ 76 u. 77 a BetrVG 1952 Anwendung finden; das Mitb G gilt für alle Gesellschaften, die in der Regel mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs. 2), während das BetrVG 1952 auf Aktiengesellschaften unterschiedslos (§ 76 Abs. 1), auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung dagegen nur bei mehr als 500 Arbeitnehmern Anwendung findet (§ 77 Abs. 1). Für diese unterschiedlichen Lösungen waren auch keine sachlichen, d.h. etwa die beiden Bereiche der Wirtschaft als unvergleichbar ansehenden, sondern historisch-politische Motive maßgebend[1]. Hat schon der Bundesgesetzgeber selbst über 20 Jahre lang in vergleichbaren Bereichen der Wirtschaft verschiedene Mitbestimmungsmodelle gelten lassen, so ist eine eindeutige, abweichende Regelungen ausschließende Kompetenzausübung nicht erkennbar. Die Einführung der erweiterten Mitbestimmung in kommunalen Gesellschaften übt bei dieser Sachlage keinen rechtlich relevanten Druck auf den Bund aus, eine von ihm offensichtlich nicht gewollte und daher jene äußersten Grenzen überschreitende Art der Kompetenzausübung kann darin nicht gesehen werden. Sie verstößt daher nicht gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes

1. Der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens ist ein aus dem Wesen des Bundesstaates folgender ungeschriebener Verfassungssatz, der sich aus vom Grundgesetz in anderen Normen vollzogenen Wertungen ableiten läßt. Er markiert

---

1) Im Zuge der mit Unterstützung der Alliierten betriebenen Entflechtung der Ruhrindustrie nach 1945 waren im Bereich der Montanindustrie bereits viele Unternehmen mit Einverständnis der Kapitaleigner paritätisch besetzt. Die von der Regierung Adenauer beabsichtigte Einführung der Drittelparität für den Bereich der Gesamtwirtschaft stieß daher auf politischen Widerstand, der letztlich zum Mitb G 1951 geführt hat; vgl. zu den Einzelheiten Potthoff, Zur Geschichte der Mitbestimmung, in Zwischenbilanz der Mitbestimmung, 1962, S. 32 f.

in den Überschneidungszonen der Zuständigkeit verschiedener Träger öffentlicher Verwaltung eine äußerste Grenze der Kompetenzausübung. Die Kommunen sind an ihn nicht als selbständige Pflichtsubjekte, sondern als Teil der inneren Organisation der Länder gebunden.

2. Die Einführung der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Gesellschaften verstößt nicht gegen den Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens, weil der Bundesgesetzgeber selbst durch das Mitb G und die §§ 76 u. 77 BetrVG 1952 auf dem Gebiet der Mitbestimmung unterschiedliche Regelungen getroffen hat und dadurch ein eindeutiges, jede andere Form der Kompetenzausübung ausschließendes Mitbestimmungsmodell nicht hat erkennen lassen.

3. Abschnitt

Verstoß gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes

I. Problemstellung

Von denjenigen Einwendungen, die speziell gegen die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen erhoben werden, wird derjenige, es liege ein Verstoß gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes vor, am häufigsten genannt. Namentlich Biedenkopf/Säcker[1], Leisner[2] und mit Einschränkungen Thieme[3] sehen durch die erweiterte Mitbestimmung das Demokratieprinzip verletzt, während Ossenbühl[4], Nipperdey[5] und - für den Bereich der kommunalen Gesellschaften - Püttner[6] dies verneinen. Die Stoßrichtung der erhobenen Einwendungen ist unschwer aufzuzeigen: Ungeachtet der privaten Rechtsform sei auch die Erbringung von Leistungen für die Bürgerschaft im Bereich der Daseinsvorsorge gemeinwohlbezogener Bestandteil der öffentlichen Verwaltung[7].

---

1) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 221 f., 228.
2) Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S.53.
3) Thieme, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen zur Erweiterung der Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, unveröffentlicht, 1971, S. 58 f.; Thieme sieht allerdings im Ergebnis die Schwächung des Demokratieprinzips als durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt an.
4) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 18 f., 32 f.
5) Nipperdey, Mitbestimmungsrecht im öffentlichen Dienst und parlamentarische Verantwortlichkeit, Rechtsgutachten 1952, S. 29 f.
6) Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, Rechtsgutachten 1972, S. 64, hält die paritätische Mitbestimmung nur in Eigengesellschaften für zulässig.
7) Vgl. Biedenkopf, Mitbestimmung im kommunalen Bereich, Vortrag vom 22. Juni 1970 in Hannover, Manuskript vervielfältigt, S. 18/19; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 330 f. m.w.N.

Das Demokratieprinzip gebiete, daß die gesamte öffentliche Verwaltung durch die Bürger, d.h. deren Repräsentanten in der Volksvertretung, wenn schon nicht bestimmt, so doch kontrolliert werde[1]. Durch die paritätische Mitbestimmung werde eine demokratiewidrige - weil die Kompetenzen der Volksvertretung schwächende - Fremdbestimmung der Unternehmen eingeführt[2].

Die hinter diesen Überlegungen stehende Frage läßt sich vereinfacht wie folgt formulieren: inwieweit läßt sich der für Bund und Länder prinzipiell unbestrittene Grundsatz der parlamentarischen Überwachung aller durch den Staat zu erfüllenden Aufgaben auf die Gemeinden übertragen?
Hierbei ist zunächst nur der Bereich des Grundgesetzes, d.h. Wesen und Umfang der im Grundgesetz verfassungskräftig vorgeformten Gemeindeverfassung ins Auge zu fassen.

Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip haben unterschiedliche Funktionen und werden daher im allgemeinen theoretisch voneinander geschieden; das eine Prinzip verfolgt die Teilhabe des Volkes an der Ausübung der Staatsgewalt, das andere die Mäßigung der durch das Volk ins Leben gerufenen Gewalten durch deren Trennung und Balancierung[3]. Insofern läßt sich durchaus eine Staatsverfassung denken, in der es keine Herrschaft des Volkes, aber Gewaltenteilung gibt und umgekehrt. Gleichwohl weisen beide Prinzipien in der konkreten Staatsverfassung des Grundgesetzes starke Interdependenzen auf[4]. Art. 20 Abs. 2 GG stellt mit der Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip in einen funktionalen Zusammenhang[5]. So gesehen bedeutet für

1) Thieme, Rechtsgutachten, S. 58 f.
2) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 221/222; Leisner, a.a.O., S. 53.
3) Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 192 f. m.w.N.
4) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, Anm. 5 zu Art. 20, S. 596; Wernicke, in BK, Anm. 2 a, e u. f, zu Art. 20; K. Hesse, a.a.O., S. 200; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, Anm. 57 zu Art. 20.
5) Dieser Zusammenhang wird besonders deutlich in der vom Parlamentarischen Rat zunächst als Art. 20 Abs.1 vorgesehenen Fassung (vgl. PR Drucks., S.203):"Deutschland ist eine demokratische und soziale Republik bundesstaatlichen Aufbaus,deren Regierung der Volksvertretung verantwortlich ist."

die hier zu untersuchenden Rechte der Volksvertretung jede Stärkung ihre Kontrollbefugnisse zugleich eine Steigerung der Einflußmöglichkeiten des Volkes und damit eine Effektuierung des Gewaltenteilungs- wie des Demokratieprinzips. Vor diesem gemeinsamen Hintergrund scheint es ratsam, die Übertragbarkeit beider Prinzipien in den Bereich der Gemeindeverfassung in einer gemeinsamen Untersuchung vorzunehmen.

II. Übertragbarkeit der in Bund und Ländern geltenden Grundsätze auf die Gemeindeverfassung

1. Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip im Grundgesetz

Namentlich diejenigen Diskussionsbeiträge, die in der paritätischen Mitbestimmung einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes sehen, gehen offensichtlich davon aus, daß der Grundsatz der parlamentarischen Kontrolle im Bereich der Staatsverfassung lückenlos durchgeführt sei. Wenn etwa Biedenkopf/Säcker ausführen, daß angesichts der konstitutionellen Demokratisierung aller staatlichen Organisationen die Forderung nach Damokratisierung der öffentlichen Unternehmen durch mehr Mitbestimmung nur bei Verwendung eines Grundgesetz-fremden Demokratiebegriffs logisch sinnvoll interpretierbar sei[1], so liegt dem die Annahme zugrunde, es gäbe keine parlamentsfreien Räume staatlicher Aufgabenerfüllung oder dürfe sie zumindest nicht geben.

a) Die funktionale Selbstverwaltung

Insbesondere Püttner hat unter Hinweis auf die Sozialversicherungsanstalten, Industrie- und Handelskammern, Handwerks- und Ärztekammern nachgewiesen, daß neben die territoriale in vielen Bereichen die funktionale Selbstverwaltung getreten sei, bei der nicht ein nach örtlichen, sondern nach sachlichen Merkmalen abgegrenzter Teil der Aktivbürgerschaft begrenzte Funktionen eigenverantwortlich in den Formen demokratischer Willensbildung wahrnimmt[2]. An Beispielen sind

1) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 211/212.
2) Püttner, Rechtsgutachten, S. 50.

noch hinzuzufügen: Die weitreichenden Kompetenzen des Postverwaltungsrates bei der Verwaltung der Deutschen Bundespost[1], die Steuerung des Geldmarktes durch die Bundesbank[2], die Kontrolle der Haushaltsführung durch den Bundesrechnungshof[3] und schließlich die in der Verfassung selbst gewährleistete Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Tarifpartner[4]. Angesichts dieser Beispielsfälle, deren Zulässigkeit bisher nicht ernstlich in Frage gestellt wurde, kommt man in der Tat nicht an der Feststellung vorbei, "daß zumindest eine Ergänzung des Prinzips der allgemeinen Volksherrschaft durch die Selbst- oder Mitbestimmung funktional abgegrenzter Teileinheiten im Staat offenbar dem heute vorherrschenden Verständnis des Demokratieprinzips nicht unbedingt widerspricht"[5]. Zweifellos läßt sich aus einer formalen Sicht einwenden, die genannten Institutionen seien mit Ausnahme von Bundesbank und Tarifautonomie durch die allgemeine Staatsaufsicht in die parlamentarische Kontrolle eingebunden; von den praktischen Konsequenzen her ist jedoch kaum zu bestreiten, daß die institutionelle Verselbständigung eine Mediatisierung dieser als öffentlich erkannten Aufgaben zur Folge hat[6], die sich mit einem puristischen Demokratiebegriff kaum in Einklang bringen läßt.

b) Die ministerialfreie Verwaltung

In die gleiche Richtung weist das von Ossenbühl[7] hervorgehobene Bestehen eines Raumes sogenannter "ministerialfreier Verwaltung", von dem das Bundesverfassungsgericht nur solche Aufgaben ausnimmt, "die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung ent-

1) Vgl. §§ 5 u. 12 Post Verw G; gleichwohl bestehen bei Bundesbahn und Bundespost durch das Recht des Ministers, die Mitglieder der Verwaltungsräte zu ernennen und zu entlassen, abgeschwächte ministerielle Einflußmöglichkeiten; vgl. Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, S. 152.
2) Art. 88 GG in Verb. mit § 14 f. B Bank G.
4) Da die Koalitionsfreiheit als Grundrecht geschützt ist, kann man formal nicht von einer Einschränkung der parlamentarischen Kompetenzen sprechen; in der Sache ist jedoch auch die Koalitionsfreiheit ein Beispielsfall dafür, daß ein bestimmter Teilbereich aus der parlamentarischen Verantwortlichkeit herausgelöst und den Betroffenen zur Selbstverwaltung überantwortet wird.
3) Vgl. Art. 114 GG in Verb.m. § 1 BRHG.
5) Püttner, Rechtsgutachten, S.52.
6) Gallwas, VVDStRL H.29, S.216 f.(220)spricht bezeichnend von einer "Mediatisierungskompetenz",die einenbeträchtlichen Schwund an Steuerungsmöglichkeiten zur Folge habe.
7) Ossenbühl, Rechtsgutachten,S.33 m.w.N.;Beispielsfall: Prüfungsausschüsse.

zogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind"[1]. Allerdings bedarf die Schaffung eines solchen ministerialfreien Raumes der Gesetzesform[2] ebenso wie die oben genannten Beispielsfälle (Kammern usw.) nur auf gesetzlicher Grundlage geschaffen werden können, während Bundesbank und Regelungsbefugnis der Tarifpartner ihre Rechtsgrundlage in der Verfassung selbst haben. Damit ist klargestellt, daß im staatlichen Bereich im Grundsatz alle öffentlichen Aufgaben von der Parlamentskontrolle erfaßt werden, das Parlament selbst diese Kontrolle jedoch durch förmlichen Parlamentsakt bis zu einer schwer zu bestimmenden Grenze an außerparlamentarische Institutionen delegieren kann.

c) Grenzen der Aufgabe parlamentarischer Kontrollbefugnisse

Gleichwohl wäre es verfehlt, aus diesem Grundsatz zu folgern, die mit der Einführung der erweiterten Mitbestimmung verbundene Minderung der Einflußmöglichkeiten der Gemeindevertretung müsse gemeindeverfassungsrechtlich zulässig sein, wenn schon im Bereich der Staatsverfassung der Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit nicht lückenlos durchgeführt sei. Eine solche Betrachtungsweise würde die Bedingungen, unter denen eine Aufgabe parlamentarischer Kontrollbefugnisse im staatlichen Bereich zulässig ist, außer acht lassen.

Zum einen sind nämlich die genannten Beispiele von der Natur der erfüllten Aufgaben her in besonderer Weise für eine Abschwächung der parlamentarischen Kontrollbefugnisse prädestiniert. Hierbei ist entweder, wie im Fall der Prüfungsausschüsse, die zu erfüllende Aufgabe sachlich einer staatlichen Kontrolle schwer zugänglich oder die Art der Aufgabe legt die spezifische Beteiligung einer durch besondere Sachnähe gekennzeichneten Gruppe der Bevölkerung unter Abschwächung oder gar Beseitigung der allgemeinen parlamentarischen Kontrollbefugnisse nahe, wie es bei Kammern und Universitäten der Fall ist[3].

---

1) BVerfG E 9, 268 (282).
2) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S.33 m.w.N.
3) Bundesbank, Bundesrechnungshof und Tarifautonomie würden sicher die Grenzen zulässiger Delegation sprengen, zumal sie praktisch überhaupt keiner parlamentarischen Kontrolle unterworfen sind, wenn sie nicht ihre Rechtsgrundlage in der Verfassung selbst hätten; vgl. zu Bundesbahn u. Bundesrechnungshof Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 22 zu Art. 88 GG m.w.N.

Zum anderen darf es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht um Aufgaben von weitreichender politischer Bedeutung handeln[1]. Würde man diese grob umrissenen Grundsätze der Abschwächung parlamentarischer Kontrollbefugnisse im staatlichen Bereich unbesehen auf den Bereich der kommunalen Verfassung übertragen, so müßte man wohl die Unzulässigkeit der paritätischen Mitbestimmung in kommunalen Gesellschaften wegen der damit verbundenen Minderung gemeindlichen Einflusses annehmen. Denn die in diesen Unternehmen beschäftigten Angestellten und Arbeiter sind keine so durch besondere Sachnähe gekennzeichnete Gruppe der Bevölkerung, als daß die Einführung einer funktionalen Selbstverwaltung zu Lasten der allgemeinen, demokratischen Kontrollbefugnisse gerechtfertigt erschiene. Eine solche Rechtfertigung läßt sich insbesondere nicht allein aus dem Arbeitsverhältnis der Angestellten und Arbeitnehmer herleiten, da andernfalls alle mit der Ausführung öffentlicher Aufgaben Beschäftigten unter Zurückdrängung der Befugnisse der Volksvertretungen am politischen Entscheidungsprozeß beteiligt werden müßten, eine Forderung, die auch von den Befürwortern der Mitbestimmung nicht erhoben wird.

Darüberhinaus stellen die Versorgung der Bevölkerung mit Energie und Wasser sowie der öffentliche Personennahverkehr für den kommunalen Bereich wichtige Aufgaben dar, so daß man sie mit der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts als das bezeichnen kann, was im staatlichen Bereich eine Aufgabe von weitreichender politischer Tragweite wäre. Nicht ohne Grund werden gerade die gemeindlichen Versorgungsunternehmen in der gemeinderechtlichen Literatur überwiegend zum Wesenskern der kommunalen Selbstverwaltung gerechnet[2]. Die zentrale Bedeutung dieser Aufgaben läßt den Schluß zu, daß eine Abschwächung gemeindlicher Einflußmöglichkeiten jedenfalls nicht unter Heranziehung der im staatlichen Bereich für den sogenannten ministerialfreien Raum geltenden Grundsätze gerechtfertigt werden kann.

---

1) BVerfGE 9, 268 (282).
2) Stern, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 44, S. 10.

2. Die vom Grundgesetz vorgeformte Gemeindeverfassung

Eine erste vorsichtige Schlußfolgerung ist daher dahin zu ziehen, daß eine Abschwächung parlamentarischer Kontrollbefugnisse bei derart gewichtigen Aufgaben im Bereich des Bundes einen Verstoß gegen das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip darstellen würde. Es stellt sich nun die Frage, ob sich aus dem Grundgesetz derart dezidierte Aussagen auch für den Bereich der Gemeindeverfassung gewinnen lassen.

a) Unterschiede zwischen Staats- und Gemeindeverfassung

Naturgemäß gehen gerade diejenigen Autoren, die durch die erweiterte Mitbestimmung das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip verletzt sehen, von einer weitgehenden Übertragbarkeit der für den Bund geltenden Grundsätze auf die Gemeinden aus. So sprechen Biedenkopf/Säcker von der "konstitutionellen Demokratisierung aller staatlichen Organisationen"[1], nach Thieme führt die Verstärkung der Mitbestimmung zu einer Schwächung des Demokratieprinzips, da dieses "eine Bestimmung über die Eigengesellschaften über die Bürger, d.h. durch deren Repräsentanten im Gemeinderat fordert"[2], und Leisner schließlich sieht je nach der Ausgestaltung der Gemeindeverfassung entweder - bei Gewaltenteilung - die parlamentarische Verantwortlichkeit der Gemeindeexekutive gegenüber der Volksvertretung oder - bei Gewaltenkonfusion - das parlamentarische Direktionsrecht der Volksvertretung als verletzt an[3].

Diesen Meinungen ist gemeinsam, daß sie von einem einheitlichen demokratischen Modell für alle Glieder des Staates ausgehen, das durch eine durchgängige und unmittelbare Überwachung aller öffentlichen Aufgaben durch die Volksvertretungen gekennzeichnet ist. Dieses Modell ist im Bereich des Bundes - abgesehen von den oben erwähnten Einschränkungen - dadurch verwirklicht, daß prinzipiell jede Ausübung öffentlicher Gewalt über die Spitzen der Büro-

---

1) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 221.
2) Thieme, Rechtsgutachten, S. 58.
3) Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 53.

kratie der Kontrolle des Parlaments unterworfen ist[1].

Dieser modellhafte Charakter der parlamentarischen Demokratie erfährt seine Grundstruktur ebenso durch das Demokratie- wie durch das Gewaltenteilungsprinzip, die in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes stark ineinander verwoben sind. Die Abhängigkeit der Regierung von dem allein vom Volk gewählten Parlament gibt dieser die demokratische Legitimation und dient zugleich der Balancierung der Gewalten. Würde eines dieser beiden Elemente fehlen, so bekäme dadurch das Ganze ein anderes, nämlich losere Bande zwischen Volksvertretung und Regierung knüpfendes Gepräge.

b) Gewaltenteilung auf Gemeindeebene

Die These von der Vergleichbarkeit von Bundes- und Gemeindeverfassung läßt sich demnach nur aufrecht erhalten, wenn beide Prinzipien - Demokratie und Gewaltenteilung - für die Gemeindeverfassung in gleicher Weise Gültigkeit haben. Für das Prinzip der Gewaltenteilung ist dies aus verschiedenen Gründen zweifelhaft.

Das Grundgesetz ordnet für Kreise und Gemeinden lediglich die Bildung einer aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangenen Volksvertretung an, an deren Stelle in Gemeinden die Gemeindeversammlung treten kann. Die weitere Organisation der inneren Kommunalverfassung überläßt das Grundgesetz den Ländern[2], die von dieser Kompetenz in der unterschied-

1) Ellwein, Schriften zur Staats- und Gesellschaftspolitik, 1969, S. 21-23, sieht die Effizienz der parlamentarischen Kontrolle durch den zunehmenden Einfluß des in der Verwaltung gebündelten Sachverstandes gefährdet und meint, der dadurch wachsende Einfluß der Verwaltung beinhalte einen Zwang zur Kooperation unter Abschwächung des Hierarchieprinzips. Diese Kooperation werde - allerdings für den Bereich der Personalvertretung - durch die Mitbestimmung institutionalisiert; die Regierung setze durch ihre politische Prärogative lediglich die Zweckbestimmung (S.23). So berechtigt die Zweifel an der Effizienz der parlamentarischen Kontrolle sind, so wenig kann die Lösung dieses Problems darin gefunden werden, daß die Mitbestimmung - grundgesetzwidrig- als Ergänzung der parlamentarischen Kontrolle begriffen wird. Vielmehr müßte das Parlament in Stand gesetzt werden,die Kontrollbefugnisse aus eigenem Sachverstand wahrzunehmen.

2) Dies folgt aus Art.28, 30 u.70 GG; vgl.Stern, in BK, Anm.50 zu Art. 28;Becker, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, IV/2, S. 688.

lichsten Weise Gebrauch gemacht haben und dabei entsprechend den historisch überkommenen Grundtypen deutscher Gemeindeverfassung - Magistrats-, Bürgermeister-, süddeutsche und norddeutsche Ratsverfassung[1] - Gemeindeverfassungen von mehr monistischem[2] oder dualistischem[3] Zuschnitt geschaffen haben.
Muß, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach ausgeführt hat, "bei der Bestimmung dessen, was zum Wesen der Selbstverwaltung gehört, der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung getragen werden"[4], dann kann die Beschränkung des Grundgesetzes auf das Prinzip der Volksvertretung nur so verstanden werden, daß unter Anknüpfung an die Tradition vor der nationalsozialistischen Zeit die verschiedenen Typen der Gemeindeverfassung zulässig sein sollten[5]. Im monistischen Typ der Gemeindeverfassung hat die Gewaltenteilung keinen Platz und auch im dualistischen Typ ist das Vorhandensein verschiedener Organe besser als Funktions- denn als Gewaltenteilung gekennzeichnet, da die Organe nebeneinander verschiedene Kompetenzen wahrnehmen, ohne sich jedoch hierbei gegenseitig zu kontrollieren[6].

Darüberhinaus wäre die Anwendung von Gewaltenteilungsgrundsätzen im Bereich der Gemeindeverfassung sachlich fehl am Platze. Wie schon die Bezeichnung Selbstverwaltung andeutet, wirken die Kommunen als Bestandteil der vollziehenden Gewalt an der Erfüllung staatlicher Aufgaben mit[7].

---

1) Vgl.zum Geschichtlichen: Gönnewein, Gemeinderecht, S. 307f.; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.196 f.; v.Unruh, Gemeinderecht, in v.Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 108 f.
2) In reiner Form ist weder der monistische noch der dualistische Typ verwirklicht; mehr monistisch: Bayern, Nordrhein-Westfalen (str.,a.A.H.J.Wolff,Verwaltungsrecht II, § 87 II e 1), und mit starken Einschränkungen Niedersachsen.
3) Mehr dualistisch: Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz, Hessen, Baden-Württemberg, Saarland; vgl. zu den Einzelheiten: Gönnewein, Gemeinderecht, S.313 f.; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 205 f., jeweils m.w.N.
4) BVerfGE 11, 266 (274), unter Hinweis auf BVerfGE 1, 167 (178); 7, 358 (364); 8, 332 (359).
5) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10.Aufl., S. 536.
6) v.Unruh, a.a.O., S. 108; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.195; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 311.
7) Ausführlich Jansen, DÖV 1954, S. 328 f.; vgl. auch Scheuner, AfK 1 (1962), S. 167.

Insbesondere fehlt es an dem für den staatlichen Bereich charakteristischen Spannungsverhältnis zwischen Legislative und Exekutive, da den Kommunen vergleichbare legislative Kompetenzen nicht zustehen. Die ihnen in Form der Satzungsgewalt zustehende Normsetzungsbefugnis steht dem Erlaß von Verordnungen durch andere Verwaltungsorgane näher als einem Gesetzgebungsakt, was sich auch darin ausdrückt, daß sie hierzu ebenso wie Verwaltungsorgane einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen[1].

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Gewaltenteilung im staatlichen Bereich in erster Linie der politischen Mäßigung der Staatsgewalt dient. "Für eine Innehaltung der rechtlichen Schranken ist aber", wie namentlich Scheuner[2] ausgeführt hat, "bereits durch Staatsaufsicht und Verwaltungsgerichtsbarkeit gesorgt". Insgesamt gesehen ist daher festzustellen, daß das Grundgesetz für eine Anwendung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im Bereich der Gemeindeverfassung keine Handhabe bietet[3].

Daß diese Feststellung angesichts der Interdependenzen zwischen Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip nicht ohne Auswirkung auf das Maß der von der Gemeindevertretung zwingend zu wahrenden Kontrollbefugnisse bleiben kann, wurde eingangs schon erwähnt. Methodisch erscheint es daher verfehlt, mit einem pauschalen Hinweis auf die konstitutionelle Demokratisierung aller staatlichen Organisationen[4] im staat-

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10.Aufl., S. 536.
2) Scheuner, AfK 1 (1962), S. 167.
3) So auch die ganz herrschende Meinung; vgl. Stern, in BK, Anm. 50 zu Art. 28; E. Becker HBKWP, Bd.1 (1956), S. 156; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 195; v. Unruh, a.a.O., S. 108; Forsthoff, Lehrbuch, S.499; Jansen, DÖV 1954, S. 328; Scheuner, AfK 1 (1962), 167; a.A. lediglich v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 703.
4) So Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, S. 221; auch die Auffassungen von Leisner, a.a.O., S. 53 und Thieme, a.a.O., S. 58, gehen von einer dem Parlament vergleichbaren Stellung der Gemeindevertretung aus, wobei Leisner dies insofern modifiziert, daß er der Gemeindevertretung diese Stellung sowohl bei Gewaltenkonfusion als auch bei Gewaltenteilung zuerkennt.

lichen Bereich gültige Grundsätze unmodifiziert auf den kommunalen Bereich zu übernehmen und daraus Verfassungsverstöße abzuleiten[1]. Bedeutet die Nichtanwendung der Gewaltenteilung in jedem Falle eine Reduzierung der von der Gemeindevertretung notwendigerweise zu erfüllenden Funktionen[2], so können Art und Umfang dieser Funktionen - jedenfalls auf der Ebene der Verfassung - nur aus der in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG zwingend vorgeschriebenen Bildung einer Volksvertretung selbst abgeleitet werden.

3. Demokratieprinzip und Delegation von Verwaltungsaufgaben als Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen

Ist das Prinzip der Volksvertretung verfassungskräftig vorgeschriebener Bestandteil der inneren Gemeindeverfassung, so lassen sich daraus für Stellung und Aufgaben dieses Organs keine unmittelbaren Schlüsse ziehen. Darüberhinaus lassen sich Art und Umfang der von der Gemeindevertratung zu wahrenden Einflußmöglichkeiten auf die kommunalen Eigengesellschaften deswegen schwer bestimmen, weil diesen Gesellschaften durch die private Rechtsform per se schon eine gewisse Ausgliederung aus dem inneren Funktionskreis der Gemeinde eigen ist. Für den Gang der Untersuchung folgt daraus, daß die von der Volksvertretung zu wahrenden Kontrollbefugnisse nicht abstrakt, sondern konkret im Hinblick auf die aus der Ausgliederung folgenden Konsequenzen untersucht werden müssen. Es wurde schon erwähnt, daß die von den kommunalen Versorgungsunternehmen wahrgenommenen Aufgaben überwiegend sowohl aus traditionell-historischen Gründen[3] als auch wegen ihrer zentralen Bedeutung für die Erfüllung lebensnotwendiger Bedürfnisse der Bürger zu den klassischen Selbstverwaltungsaufgaben, d.h. zu denen, die die Gemeinde unter Inanspruchnahme ihres Selbstverwaltungsrechts erfüllen, gerechnet werden[4]. Damit

1) So auch Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 42.
2) Hier kommt es nur auf den Mindestbestand an Funktionen an; bei einem Gewaltenmonismus ohne Gewaltenteilung können praktisch alle Kompetenzen in der Hand der Gemeindevertretung vereinigt werden; vgl.Gönnewein, Gemeinderecht, S. 311; Forsthoff, Lehrbuch, S. 499.
3) Unter Art. 28 Abs.2 GG fallen gerade diejenigen Betätigungen, die nach einem historisch nachzuweisenden Erfahrungssatz das Bild der deutschen Gemeinde prägen; vgl. Stern, AfK 1964, S. 94.
4) Gönnewein, Gemeinderecht,S.54; Stern AfK 1964, S. 93; Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 171.

ist den Gemeinden allerdings nicht nur das Recht eingeräumt, diese Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, sondern auch die Pflicht, für die Erfüllung dieser Aufgaben nach besten Kräften Sorge zu tragen[1]. Mit diesem allgemeinen Hinweis ist für die hier interessierende Frage, ob sich auf der Ebene des Grundgesetzes Aussagen treffen lassen, welche Einflußrechte sich die Gemeinden sichern müssen, wenig gewonnen. Es fragt sich vielmehr, ob den vielfältigen Formen, in denen sich der Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben Privater bedient, eine einheitliche Konzeption zugrunde liegt, die Rückschlüsse auf Art und Umfang der von den staatlichen Stellen zu wahrenden Einflußrechten ermöglicht. Auch hier liegt es nahe, zunächst einen Blick auf die Beteiligung Privater auf staatlicher Ebene zu werfen und die dort gewonnenen Ergebnisse auf ihre Vergleichbarkeit mit den kommunalen Verhältnissen zu untersuchen.

a) Delegation auf der Ebene des Staates

Schon auf staatlicher Ebene stellt sich der gesamte Komplex der Delegation von Verwaltungsaufgaben in einer Fülle verschiedener Erscheinungsformen dar. Hier werden die Gründung von juristischen Personen des Privatrechts eigens zur Erfüllung bestimmter Aufgaben[2] ebenso gerechnet wie die Übertragung solcher Aufgaben an bereits bestehende juristische Personen[3]. Aber auch der weite Bereich staatlicher Beaufsichtigung[4], Anregung und Förderung privater Tätigkeit[5] sowie die vielfältigen For-

1) Stern, in BK, Anm. 92 zu Art. 28.
2) Beispiel: VEBA, Ruhrkohle AG, aber auch Niedersächsische Hochschulbaugesellschaft m.b.H. und Nordrhein-Westfälische Hochschulbau- und Finanzierungsgesellschaft m.b.H.
3) Beispiel: beliehene Unternehmer wie TÜV, Bezirksschornsteinfegermeister, Tierärzte u.s.w.; vgl. zum Streit über Umfang und Wesen des "Beliehenen", Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104, S. 386 f. sowie die dort gegebenen Hinweise; weitere zahlreiche Beispiele bei Steiner, DÖV 1970, S. 526, Fußn.4.
4) Beispiel: die sog. staatlich gebundenen Berufe, vgl. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 95 f.
5) Beispiel: der gesamte Bereich der Subventionswirtschaft, vgl. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 408 f.

men der Zusammenarbeit mit Privaten[1] sind in diesem Zusammenhang zu nennen. Es liegt auf der Hand, daß eine tatbestandliche Präzisierung dieser verschiedenen Erscheinungsformen unter dem unpräzisen Oberbegriff Delegation nicht vorgenommen werden kann, ohne daß die damit verbundenen grundsätzlichen Fragen gestreift werden. Von Delegation kann begrifflich nur dann gesprochen werden, wenn öffentliche Aufgaben Privaten zur Erfüllung übertragen werden. Was aber ist eine öffentliche Aufgabe? Die Funktionsmechanismen des Industriestaates sind unter anderem durch Arbeitsteilung und Spezialisierung gekennzeichnet. Jeder Funktion wohnt daher in mehr oder minder starker Ausprägung neben dem eigenen, nur sie betreffenden ein übergreifender, weitere Kreise und damit die Allgemeinheit berührender Aspekt inne. Macht damit jedes diesen Aspekt aufgreifende regulierende Eingreifen des Staates die damit verfolgte Zielsetzung zu einer öffentlichen Aufgabe? Kann der Staat jede von ihm verfolgte Zielsetzung als öffentliche Aufgabe deklarieren, ohne damit der Privatinitiative einen allzu weiten Bereich zu entziehen? Hinter diesen Fragen verbirgt sich der ideologiegeladene Unterschied zwischen liberalistischer und etatistischer Staatsauffassung und damit das fundamentale Spannungsverhältnis Staat-Gesellschaft überhaupt[2].

(1) Staatliche, öffentliche und private Aufgaben

In der Literatur nimmt die Diskussion um die Abgrenzung von staatlichen, öffentlichen und privaten Aufgaben einen breiten Raum ein[3]; sie hat sich namentlich an dem Streit

---

1) Beispiel: beratende Hinzuziehung von Interessenverbänden, vgl. dazu Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, insbes. S. 69 f. Vgl. zum Ganzen, jeweils mit weiteren Beispielen; Ossenbühl, VVDStRL Heft 29 (1970), 145 f.; Brohm, a.a.O., S. 94 f.; Peters, Festschrift für H.C.Nipperdey II, S. 878 f.; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, S. 62.

2) Vgl. dazu Isensee; Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 44 f.; Ossenbühl, VVDStRL Heft 29 (1970), S. 150 f. m.w.N.

3) Peters, Festschrift für H.C.Nipperdey II, S.877 f.;Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen? 1963; Vogel, Öffentl. Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), 137 f.; Gallwas, VVDStRL,Heft 29 (1970), 211 f.; Steiner, DÖV 1970,526 f.;Dagtoglou,Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964.

um die Rechtsnatur des beliehenen Unternehmers entzündet und wird hier speziell am Modellfall TÜV exemplifiziert[1]. Terminologisch werden dabei die Begriffe staatlich und öffentlich überwiegend mit unterschiedlicher, teils aber auch mit gleicher Bedeutung gebraucht. In der Sache geht es jedenfalls übereinstimmend um die Abschichtung eines engeren Bereiches von unmittelbaren Staatsaufgaben gegenüber denjenigen, bei denen zwar öffentliche Interessen im Spiel sind, sich der Staat aber lediglich der Hilfe Privater bei der Durchführung bedient[2]. Die Bedeutung dieser Abgrenzung tritt zu Tage, wenn man sich vor Augen führt, daß davon wichtige Einzelfragen wie insbesondere die Intensität der Bindung an das öffentliche Recht, die Effizienz des Grundrechtschutzes und der Geltungsbereich der Staatshaftung (Art. 34 GG) abhängen[3].

Die in der Literatur vertretenen Positionen lassen sich - schlagwortartig - wie folgt wiedergeben:

Erstens: Staatliche Aufgaben sind dadurch gekennzeichnet, daß dabei staatliche Funktionen, die ihrem Wesen nach gemeinschaftsbedingt sind, wahrgenommen werden[4]; danach gibt es einen durch materielle Kriterien wie öffentliches Interesse und Gemeinschaftsbezogenheit abgestimmten abgeschlossenen Katalog von "wesensmäßigen Staatsaufgaben".

Zweitens: Nur da, wo der Staat hoheitlich, d.h. einseitig zu handeln befugt ist, handelt es sich um Staatsaufgaben[5]; fehlt die Befugnis zu hoheitlichem Handeln, so liegen keine staatlichen, sondern unter Umständen sonstige im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben vor.

---

1) Dazu insbes. Peters, a.a.O., S.884 f.; Rupp, a.a.O.,S.17 f.; Wolff, Verwaltungsrecht II, § 104, S. 386 f. m.w.N.
2) So deutlich Peters, a.a.O., S. 879, der die öffentlichen Aufgaben als Oberbegriff, die staatlichen als eine Unterart ansieht.
3) Vgl. Ossenbühl, VVDStRL Heft 29 (1970), S. 165 f.; Rupp, a.a.O., S. 24 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 180.
4) Rupp, a.a.O., S.17 f.; Bachof, AöR Bd.83, S.233 Nr.32, deren Auffassung bezogen auf die spezielle Problematik des beliehenen Unternehmers, als "Aufgabentheorie" bezeichnet wird.
5) Vogel, a.a.O., S.60 f.,(S.80);Isensee, a.a.O., S.168, H.H.Klein, DÖV 1965, S.758 ("Rechtsstellungstheorie"); Leisner, AöR Bd. 93 (1968), S.184.

Drittens: Staatliche Aufgaben sind solche, die der Staat nach der jeweils geltenden Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt und selbst erfüllt oder durch Private erfüllen läßt[1].

Eine Abgrenzung nach materiellen Kriterien wie Gemeinwohlorientiertheit und öffentliches Interesse begegnet deswegen Bedenken, weil derart unbestimmte Begriffe gerade in dem entscheidenden Grenzbereich die Einschaltung Privater eine präzise Abgrenzung nicht erlauben. Gemeinnützige Aufgaben wie z.B. sozialer Wohnungsbau, Krankenhäuser, Kindergärten, Schulen usw. werden teils von Privaten, teils vom Staat und teils von beiden gemeinsam wahrgenommen. Wenngleich das öffentliche Interesse an der Erfüllung dieser Aufgaben außer Zweifel stehen dürfte, handelt es sich offensichtlich nicht um "wesensmäßige Staatsaufgaben"[2]. Außerdem gibt es zahllose Beispiele dafür, daß Privaten einzelne im öffentlichen Interesse liegende Pflichten auferlegt werden wie etwa die Mindestreservepflicht der Banken, die Bevorratungspflicht der Mineralölwirtschaft, Abführen von Lohn- und Mehrwertsteuer usw.; eine konsequente Abgrenzung nach dem öffentlichen Zweck oder ähnlichen Merkmalen würde zur Folge haben, daß kaum ein Bereich der Privatwirtschaft denkbar wäre, in dem nicht wesensmäßig staatliche Aufgaben wahrgenommen werden[3].

Ganz anders geartete Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man den Bereich der Staatsaufgaben nach der Befugnis hoheitlichen Handelns bestimmt. Wenngleich es sicherlich eine beträchtliche Anzahl von Aufgaben gibt, deren Erfüllung sowohl traditionell als auch von ihrer Art her kaum anders als in hoheitlicher Form ist, - man denke etwa an beide Bereiche des Polizeirechts -, so klammert eine einseitig hierauf

---

1) Peters, a.a.O., S. 880; Steiner, DÖV 1970, 528; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S.153 m.w.N. (Fußn.76).
2) Vgl. Vogel, a.a.O., S.62 f.; Steiner, DÖV 1970, S.529.
3) In vielen Bereichen fehlt es auch an solchen besonderen Pflichten, obwohl gleichwohl besondere Interessen der Allgemeinheit berührt sind, etwa die Versorgung der Bevölkerung durch die Mineralöl- und Lebensmittelwirtschaft, überspitzt formuliert läßt sich kaum ein gesellschaftlicher Vorgang denken, der nicht potentiell gemeinwichtig ist; so H.H.Klein, DÖV 1965, 759.

aufbauende Abgrenzung den weiten Bereich der vielfältig in privater Rechtsform erbrachten Leistungen des Sozialstaates willkürlich aus[1]. Zwar kann die noch bei Otto Mayer[2] anzutreffende Ableitung, auch die bei Leistungsverwaltung der für die Eingriffsverwaltung typischen Subordinationstheorie unterwerfen, heute als überwunden gelten[3]. Gleichwohl weist der Versuch, Staatsaufgaben nach den Erfüllungsmodalitäten zu klassifizieren, in die gleiche Richtung, in dem er zwischen durch hoheitliches Handeln gekennzeichneten originären Staatsaufgaben und sonstigen öffentlichen Aufgaben unterscheidet und damit die oftmals willkürlich gewählte Rechtsform staatlichen Handelns zum entscheidenden Abgrenzungskriterium erhebt[4].

Müssen danach die Versuche, einen Bestand originärer Staatsaufgaben herauszukristallisieren, als gescheitert angesehen werden, so erscheint es in der Tat sachgerecht, als staatliche Aufgaben diejenigen anzusehen, die der Staat zulässigerweise in Anspruch nimmt[5]. Unter Inanspruchnahme ist hierbei zu verstehen, daß der Wille des Staates, einen bestimmten Bereich in einer bestimmten Weise zu ordnen, erkennbar wird, wobei es keinen Unterschied macht, ob er selbst

---

1) Vgl. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 348 f.; Ossenbühl, VVDStRL Heft 29 (1970), S. 154, Fußn. 76.

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1.Bd., 3.Aufl. 1924, S. 13 f.

3) Rüfner, a.a.O., S. 348; Forsthoff, Lehrbuch, S. 510; für die Zulassung zu einer Leistung hält auch heute die überwiegende Meinung an der Subordinationstheorie fest, sog. Zweistufentheorie; vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 22 III, S.102 sowie die dort gegebenen Hinweise.

4) Hauptbeispiel, allerdings aus dem kommunalen Bereich, sind die kommunalen Versorgungsunternehmen, deren Leistungen auch in der Rechtsform der öffentlichen Anstalt erbracht werden könnten; im staatlichen Bereich gilt das gleiche für Bundesbahn, Bundespost, Universitätskliniken u.s.w. Die willkürliche Gestaltung wird deutlich bei der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses bei Bundesbahn (privatrechtlich) und Bundespost (öffentlich-rechtlich); die überwiegende Auffassung gesteht dem Staat ein weitgehendes Wahlrecht hinsichtlich der Rechtsform zu; vgl. Rüfner, a.a.O., S. 349 m.w.N.

5) Peters, a.a.O., S. 880; Steiner, DÖV 1970, S. 528; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 159.

tätig wird oder Private für seine Zwecke einspannt. Wo die Grenze solcher besonderen Inpflichtnahme für staatliche Aufgaben gegenüber allgemeinen Bürgerpflichten wie z.B. Meldepflichten oder Abführen von Steuern liegt, wird noch zu untersuchen sein; jedenfalls wird damit der potentielle Bereich staatlicher Betätigung denkbar weit gezogen, indem sie sich auch dort entfalten kann, wo Private frei von staatlicher Weisung bereits Leistungen erbringen oder doch erbringen könnten. Dieses Ergebnis kann jedoch nicht überraschen; kommt nämlich nach dem Grundgesetz dem Parlament als demokratisch verfaßtem Repräsentativorgan des souveränen Volkes die politische Leitfunktion zu, so beinhaltet diese auch die Macht, sich Aufgaben zu stellen und - gleich in welcher Form - zu erfüllen[1].

(2) Grenzen staatlicher Souveränität bei der Inanspruchnahme von Aufgaben

Diese Macht des Staates, sich Aufgaben zu stellen und zu erfüllen, ist freilich nicht grenzenlos. Sie erfährt vielmehr Einschränkungen durch das Grundgesetz und zwar im wesentlichen in zwei Richtungen: zum einen durch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern (Art.70 ff. GG), die das Entstehen einer übermächtigen Zentralstaatsgewalt verhindert, zum anderen durch die Grundrechte, die dem Privaten gegenüber aller Staatsgewalt einen "staatsfreien" Raum persönlicher Entfaltung garantieren[2]. Damit ist der Schutz vor dem totalen Staat auf die Grundrechtsebene verlagert, wobei der Verfassungsgerichtsbarkeit die besondere Aufgabe zukommt, über die strikte Einhaltung der Grundrechte zu wachen und damit den nach dem Willen des Verfassungsgebers vorgegebenen Freiheitsraum des Einzelnen zu gewährleisten.

Daraus kann andererseits nicht, wie es gelegentlich in Anlehnung an subsidiaristische Tendenzen geschieht, ein allge-

1) Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 154.
2) Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 286 f., geht ebenfalls von der "virtuellen Omnipotenz" des Staates aus (S. 295), sieht jedoch das Subsidiaritätsprinzip in den Grundrechten normativ bestätigt; bei derart reduziertem Verständnis des Subsidiaritätsprinzips bestehen im Ergebnis kaum Unterschiede zu der hier vertretenen Auffassung.

meiner Grundsatz etwa in dem Sinne:"so wenig Staat wie möglich" gefolgert werden[1]. Ein über den Anwendungsbereich der Grundrechte hinausgehendes Subsidiaritätsprinzip des Inhalts, daß der Staat so viele Aufgaben wie möglich Privaten überlassen und gewissermaßen nur als Nothelfer auftreten müßt, kann nicht angenommen werden[2]. Daß der Staat gleichwohl weite Bereiche der Privatinitiative überläßt, dürfte seinen Grund eher in der oftmals ökonomischeren und rationelleren Arbeitsweise der Privaten haben[3]. Um es anhand weniger Beispiele zu verdeutlichen: beim Technischen Überwachungsverein bedient sich der Staat einer rechtsfähigen Person des Privatrechts bei der Erfüllung von Verwaltungs-, hier sogar polizeilichen Aufgaben und beschränkt sich auf Kontrollfunktionen. Es steht außer Zweifel, daß die vom TÜV wahrgenommenen Aufgaben zulässigerweise auch in öffentlich-rechtlicher Form, d.h. durch die unmittelbare Staatsverwaltung oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts erfüllt werden könnten[4]. Ob beispielsweise Lebensmittel- und Mineralölwirtschaft wegen ihrer Bedeutung für die Versorgung der Bevölkerung verstaatlicht, Bundesbahn und Bundespost privatisiert und Löhne und Preise festgesetzt werden dürfen, entscheidet der Gesetzgeber, wobei sein Spielraum - daran zeigt sich die staatliche Totalitätsansprüche begrenzende Funktion der Grundrechte - durch die Art. 9 Abs.3 und 14 GG erheblich eingeschränkt ist. Innerhalb dieser Grenzen kann der Gesetzgeber die Erfüllungsmodalitäten nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten frei ausgestalten.

Als Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen kann danach festgehalten werden: Als Ausfluß staatlicher Souveränität steht dem Staat das Recht zu, sich Aufgaben zu setzen und diese entweder selbst zu erfüllen oder hierfür Private in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit gewährleistet ist,

---

1) Das klingt bei Peters, Festschrift für Nipperdey II, S.885 und Steiner, DÖV 1970, S.529, an; diese Bemerkungen erscheinen deshalb bedenklich, weil die Grundrechte fest umrissene Freiheiten verbürgen und keine darüberhinausgehende den Staat im Zweifel zurückdrängende Tendenz enthalten.
2) Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2.Aufl., S.772; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970),152.
3) Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S.148.
4) Peters, Festschrift für Nipperdey II, S.885.

daß dabei die Kompetenzordnung des Grundgesetzes sowie der Geltungsbereich der Grundrechte nicht verletzt werden. Insofern erschöpft sich die politisch-parlamentarische Leitfunktion des Parlaments nicht darin, bestimmte Aufgaben als staatliche zu deklarieren, sondern sie beinhaltet auch ein Wahlrecht, diese Aufgaben durch den Staat selbst oder durch Private unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen zu lassen[1]. Eine Ausgliederung und Mediatisierung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung unter Abschwächung staatlicher Einflußmöglichkeiten ist demnach zulässig[2].

(3) Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

Es stellt sich allerdings die Frage, in welchem Verhältnis diese weitreichende Möglichkeit der Einschaltung Privater zu dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG steht. Geht man vom Wortlaut dieser Bestimmung aus, so ist mit der Beschränkung auf die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse der hier in erster Linie interessierende Bereich der Leistungsverwaltung von vornherein ausgenommen[3]. Ein derart eng verstandener Anwendungsbereich wird jedoch der vielfältigen Zunahme staatlicher Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge nicht gerecht; sie hat vielmehr an anderer Stelle[4] bereits abgelehnte Zweiteilung staatlicher Aufgaben in wichtige, durch die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse gekennzeichnete und weniger wichtige, die auch von Angestellten und Arbeitern wahrgenommen werden dürfen, zur Folge. Bestehen Sinn und Zweck der Vorschrift darin, den materiellen Schwerpunkt der Staatstätigkeit den Beamten vorzubehalten, so muß darunter der gesamte Bereich der Staatstätigkeit unter Einschluß der hinzukommenden Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge verstanden werden[5].

---

1) Leibholz-Rinck, GG, Anm. 3 zu Art. 33.
2) Nach Gallwas, VVDStRL, Heft 29, (1970), S. 214 f.: "Mediatisierungskompetenz".
3) So Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1961, S. 57, unter Hinweis darauf, daß vom Parlamentarischen Rat ein solch enger Anwendungsbereich beabsichtigt war.
4) Siehe oben S.
5) So Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm.33 zu Art.33; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 161.

Gleichwohl ergeben sich hieraus keine Einschränkungen des prinzipiellen Wahlrechts des Staates, Aufgaben selbst oder durch Private zu erfüllen. Zum einen wird der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG schon durch das Bundesverfassungsgericht selbst durch die Zulassung von Ausnahmen in beschränktem Umfang relativiert und modifiziert[1]. Zum anderen kann die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private den Staat aus der Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben nicht entlassen[2]. Soll der Funktionsvorbehalt weniger ein Privileg der Beamten als vielmehr die Absicherung staatlicher Tätigkeit gegenüber dem Bürger durch die besondere Pflichtenstellung und Loyalität des Berufsbeamtentums schaffen, so hat sich der Staat bei der Überwachung delegierter Aufgaben in der Regel der Beamten zu bedienen, um so dem Bürger gegenüber die ordnungsgemäße Erfüllung zu gewährleisten[3]. Nicht aber kann daraus eine generelle Verpflichtung, die Erfüllung bestimmter Aufgaben auch durch Beamte vornehmen zu lassen, gefolgert werden. Die Frage, bis zu welcher Grenze eine Privatisierung von Staatsaufgaben zulässig ist, kann hier offenbleiben, jedenfalls erfährt das prinzipielle Wahlrecht das Staates durch Art.33 Abs. 4 GG für den hier zu untersuchenden Umfang der Delegationsmöglichkeiten keine Einschränkung.

b) Ingerenzpflichten des Staates

Mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Delegation von Verwaltungsaufgaben ist noch nichts darüber gesagt, ob und in welcher Weise der Staat die Verwaltungstätigkeit der Privaten zu überwachen hat.

Hinsichtlich der vom Staat auszuübenden Kontrollbefugnisse ist offensichtlich eine Politik des laissez faire der Delegation ohne jede Überwachung unzulässig. Wohl hat das Parlament einen weiten Ermessensspielraum, ob und in welcher Form eine von ihm als staatliche in Anspruch genommene Aufgabe erfüllt wird; nicht aber kann es die Erfüllung der von ihm selbst vorgegebenen Zwecke soweit delegieren, daß eine parlamentarische Überwachung der ordnungsgemäßen Zweckerreichung nicht mehr möglich ist. Insofern beinhaltet der

---

1) BVerfGE 9, 268 (284); vgl. auch Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, S. 72 f.
2) Leibholz-Rinck, GG, Anm. 3 zu Art. 33.
3) Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 161.

Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Ausübung von Kontrollbefugnissen[1].
Hat man es mit Privatrechtssubjekten zu tun, so fehlt es an einer unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit des Parlaments über die Spitzen der Bürokratie. Die Rückbindung an das Gemeinwesen und damit die Gewährleistung der parlamentarischen Kontrolle kann dann nur in der Weise geschehen, daß die parlamentarisch verantwortliche Exekutive mit Aufsichtsbefugnissen ausgestattet wird und darüber zur Rechenschaft gezogen werden kann. In die gleiche Richtung weist ein zweiter, von Gallwas[2] hervorgehobener Gesichtspunkt, der das delegierende Gemeinwesen aufgrund einer Garantenstellung für verpflichtet hält, gegenüber dem Leistungsempfänger, dem Bürger, für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften Sorge zu tragen. In der Tat spricht vieles dafür, der Gefahr einer Schlechterstellung des Bürgers in den Fällen, in denen Verwaltungsleistungen durch Private erbracht werden, durch eine besondere Pflichtenstellung der Verwaltung zu begegnen, zumal ähnliche Gedankengänge da, wo sich private Unternehmen ausschließlich in öffentlicher Hand befinden, durch die Lehre von Verwaltungsprivatrecht überwiegend Anerkennung gefunden haben[3].

Mit der Feststellung einer grundsätzlichen Ingerenzpflicht des Gemeinwesens gegenüber den privaten Verwaltungsträgern ist deren Ausmaß im einzelnen noch nicht ermittelt. Jede Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben hat deren Mediatisierung und damit einen Verlust von Steuerungsmöglichkeiten aufseiten des Gemeinwesens zur Folge[4]. Es liegt auf der Hand, daß dieser Verlust an Steuerungsmöglichkeiten eine bestimmte Schwelle nicht überschreiten darf, soll nicht die Erfüllung der Aufgabe selbst in Frage gestellt werden. Auch bei der

---

1) Vgl. Maunz/Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 82 zu Art.20; BVerfGE 11, 268 (281), Urteil zum Bremer Personalvertretungsgesetz.
2) Gallwas, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 227 f.
3) Vgl. dazu H.J.Wolff, Verwaltungsrecht I, S.99 f.; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 398 f.; Badura, JuS 1966, S. 20, jeweils m.w.N.; a.A. Emmerich, JuS 1970, (336), der den Schutz der privatrechtlichen Wettbewerbsordnung für ausreichend hält.
4) So auch Gallwas, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 220.

Ermittlung dieser Schwelle bietet sich die parlamentarisch-politische Zielsetzung als Auslegungshilfe an.
Der Staat hat sich bei der Ausgestaltung seiner Aufsichts- und Weisungsrechte daran zu orientieren, daß er selbst die Durchsetzung der parlamentarisch-politischen Zielsetzung gewährleisten kann. Diese Forderung fußt theoretisch auf dem Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit und der daraus abgeleiteten Pflicht zur Rückbindung aller öffentlichen Tätigkeit auf Beschlüsse des Parlaments und bestätigt sich durch einen Blick auf einige praktische Beispiele: Mineralölkonzerne und Privatbanken sind auf Gewinnmaximierung angelegte Unternehmen der Privatwirtschaft; gleichwohl werden sie mit Bevorratungs-[1] und Mindesreservepflicht[2] für spezifische Interessen der Allgemeinheit, Sicherung der Energieversorgung und Schutz der Geldanlage, in Anspruch genommen und sind insoweit einer besonderen staatlichen Aufsicht unterworfen. Beim Technischen Überwachungsverein bedient sich der Staat einer bereits vorhandenen juristischen Person des Privatrechts, um diese ausschließlich für die Erfüllung bestimmter öffentlicher, hier sogar polizeilicher Aufgaben in Dienst zu nehmen und übt demzufolge eine den Gesamtbereich der Tätigkeit der Technischen Überwachungsvereine umfassende Kontrolle aus. Die Reihe dieser Beispiele ließe sich fortsetzen; sie verdeutlichen, daß offensichtlich die jeweiligen Aufsichts- und Weisungsbefugnisse so weit reichen, wie es die Erfüllung des vorgegebenen öffentlichen Zwecks erfordert. Hierbei entstehen vielfältig abgestufte Weisungs- und Aufsichtsrechte, deren Intensität nicht so sehr nach der Bedeutung der jeweiligen Aufgabe als vielmehr nach dem Ausmaß der ausgelagerten Befugnisse abgestuft ist[3]. So naheliegend und grundsätzlich

---

1) Vgl. ErdölVG (Gesetz über Mindesvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965) sowie § 13 Abs. 1 EnergG (Energiewirtschaftsgesetz).
2) Die Mindestreservepflicht wird durch die Bundesbank angeordnet; Ermächtigungsgrundlage ist § 16 BBankG.
3) Ähnlich Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S.159 f. (174); ders., Rechtsgutachten, S. 39, der allerdings das Hauptgewicht auf das Gewicht der ausgelagerten Befugnisse legt. Eine Abstufung der Aufsichts- und Weisungsrechte nach der Bedeutung der jeweiligen Aufgabe erscheint problematisch, weil das die Aufstellung einer Rangfolge zwischen verschiedenen öffentlichen Aufgaben voraussetzen würde; vgl. auch Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater, S. 151.

unbestritten die Feststellung der Ingerenzpflicht des Staates ist, so wenig kann dies darüber hinweg täuschen, daß im Einzelfall noch eine Reihe von Schwierigkeiten bestehen bleibt. So muß, wenn der Gesetzgeber über die Ausgestaltung der Aufsichtsrechte geschwiegen hat, das für eine Erreichung der gesetzgeberischen Vorstellungen erforderliche Maß an Aufsicht im Wege der Auslegung ermittelt und auf ungeschriebenes Recht gestützt werden[1].
Darüberhinaus kann die staatliche Aufsicht häufig nur repressiv, d.h. erst wenn bereits irreparable Schäden entstanden sind, tätig werden. Dann taucht zum einen die Frage nach den anwendbaren Haftungsnormen[2], zum anderen die Frage, bis zu welcher "Fehlerquote" die Delegation aufrecht erhalten werden kann[3], auf. Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, daß der Staat verpflichtet ist, ein am Ausmaß der delegierten Befugnisse orientiertes Weisungsrecht wahrzunehmen.

c) Die verschiedenen Formen der Beteiligung Privater

Ging es bisher darum, dem Tatbestand der Delegation allgemeine Leitlinien abzugewinnen, so fehlt es noch an einer Einordnung der verschiedenen Erscheinungsformen von privater Beteiligung an der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Zwischen Staat und Gesellschaft bestehen vielfältige Wechselwirkungen, wobei der Private gegenüber dem Staat in vielerlei Pflichten steht, die, angefangen bei der jedermann betreffenden Pflicht zur Beachtung der Gesetze über spezielle Pflichten (etwa der Arbeitgeber, Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen[4], bis hin zur ausschließlichen Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Befugnisse (Bezirksschornsteinfegermeister,

1) Gallwas, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 230.
2) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 180; Ipsen, a.a.O., S. 151, 161.
3) Vgl. Gallwas, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 220.
4) Weitere Beispiele: Melde- Buchführungs-, Wegereinigungs-, Schneeräumungs- und Streupflichten, Pflicht nach § 330 c StGB, Hand- und Spanndienste, Zeugen- und Sachverständigenpflicht; vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 179; Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater, S. 144; Bachof, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, III/1, S. 258.

Jagdaufseher usw.) thematisch betroffen sind und dennoch wohl kaum alle unter den Tatbestand der Delegation fallen. Hierbei bereitet die Abgrenzung allgemeiner Bürgerpflichten von den besonderen Verwaltungspflichten die größten Schwierigkeiten, da ein einheitliches Kriterium, in welchen Fällen die Auferlegung solcher Pflichten in den Tatbestand der Delegation hineinwächst, kaum zu finden ist. Daher überrascht es nicht, daß die Diskussion dieses Problems in der Literatur einen breiten Raum einnimmt[1] und dabei die unterschiedlichsten Auffassungen geäußert werden. Hierbei kehren die Kriterien, die zur Abgrenzung von privaten und staatlichen Aufgaben herangezogen wurden, in abgewandelter Form wieder:

Zum einen wird nämlich die Abgrenzung nach der Rechtsnatur der die Inpflichtnahme begründenden Norm vorgenommen. Erfolgt diese unmittelbar aufgrund Gesetzes, so liegt eine im Verhältnis Staat-Verwaltungsmittler in jeder Weise öffentlich-rechtliche Beziehung vor[2], bedarf es dagegen eines aktualisierenden und konkretisierenden Einzelaktes, so wird der betreffende Private lediglich als einer von vielen potentiell Verpflichteten angesprochen und damit selbst nicht zu einem Träger öffentlicher Verwaltung[3].

Zum anderen wird die Unterscheidung nach der Art der übertragenen Aufgabe vorgenommen. Danach liegt eine Delegation dann vor, wenn es sich bei der dem Privaten abverlangten Leistung um eine typischerweise fremde - weil nicht privatnützige - Aufgabe handelt[4].

Und schließlich gibt es einige Autoren, die die Möglichkeit einer Zuordnung der verschiedenen Erscheinungsformen

---

1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 178 f.; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 155 f.; Ipsen, a.a.O., S. 144 f.; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 29 f.; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 156 f.; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 207 f.

2) Das betrifft die Geltung der Staatshaftung (Art. 34 GG), die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges, die Ausgestaltung der Aufsichtsrechte und die Frage der Vergütung der von Privaten erbrachten Dienstleistungen.

3) Ipsen, a.a.O., S. 144 f.

4) Vogel, a.a.O., S. 31; ähnlich Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, S. 21 Fußn. 39, der nach staatsfunktionaler und privatfunktionaler Betätigung abgrenzt.

unter einem einheitlichen Kriterium überhaupt leugnen und die Präzisierung im Einzelfall der Auslegung des die Pflichtenstellung begründenden Gesetzes überlassen[1]. Dabei kommt allerdings den in der Diskussion als Abgrenzungskriterium genannten Gesichtspunkten wie Unterscheidung zwischen höchstpersönlichen Verwaltungspflichten und für den Staat wahrgenommenen Verwaltungsobliegenheiten[2], der Ausgestaltung der Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse sowie der jeweils anwendbaren Haftungsnorm der Charakter einer Auslegungshilfe zu.

Kehrt man zum Ausgangspunkt der Übergehungen hinsichtlich der Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben zurück, so stand dem Staat in zweierlei Richtung ein weitgespannter Ermessensspielraum zu: erstens nämlich, ob der Staat sich überhaupt der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe annimmt und zweitens, wie er die Erfüllungsmodalitäten regelt. Mit diesem Ermessensspielraum als Konsequenz der parlamentarisch-demokratisch abgesicherten Leitfunktion des Gesetzgebers wird zwangsläufig jeder Versuch, den Erscheinungsformen der Delegation feste Konturen abzugewinnen, relativiert. Denn der Gesetzgeber orientiert sich bei der Regelung einer bestimmten Aufgabe - sieht man vom allgemeinen Gesetzesvorbehalt und der Geltung der Grundrechte ab - an der Erreichung einer bestimmten Zielsetzung, ohne daß ihm hierfür ein abgeschlossener Katalog vorgegebener und durchnormierter Formen der Delegation zu Gebote stünde[3]. Insofern erscheinen die Versuche, alle Erscheinungsformen unter einem einheitlichen Kriterium zu erfassen, problematisch. Denn bei diesem Versuch wird ein Tatbestand mit einer einheitlichen Systematik geschaffen, obwohl dessen verschiedenen Erscheinungsformen weder einheitliche Motive noch vergleichbare rechtliche Ausgestaltungen zugrunde liegen. Daher wird eine Zuordnung der verschiedenen Steuerabführungspflichten[4] unter den Tatbestand der Inpflichtnahme jedenfalls dann willkürlich, wenn andererseits gemeindliche Hand- und Spanndienste, Auskunfts- und Meldepflichten ausgespart

---

1) Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 156 f.; Steiner, DÖV 1970, S. 529.
2) Forsthoff, Lehrbuch, S.178 f.nimmt danach die Abgrenzung vor.
3) Leisner, AöR, Bd.93 (1968), 183; Steiner, DÖV 1970,S.532.
4) Hauptfall: die vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer abzuführenden Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge.

werden, weil in dem einen Fall das Gesetz selbst, in dem anderen ein Einzelakt aufgrund eines Gesetzes die konstituierende Norm sein soll[1]. Ebensowenig kann eine Abgrenzung nach der Art der übertragenen Aufgaben überzeugen. Sowohl bei den staatlich gebundenen Berufen[2] als auch in dem weiten Bereich der staatlich-privaten Kooperation, für den die Subventionsverwaltung ein typisches Beispiel ist[3], sind privates Gewinnstreben und öffentliches Interesse so miteinander verwoben, daß ein Hervorheben des einen oder des anderen Kriteriums unmöglich erscheint. In Ermangelung einer einheitlichen Systematik kommt man daher an der - unbefriedigenden - Feststellung nicht vorbei, daß eine Zuordnung der einzelnen Erscheinungsformen unter dem Tatbestand der Delegation nur im Einzelfall durch Auslegung erfolgen kann. Bei dieser Auslegung lassen sich die anderen, in der Diskussion genannten Merkmale als Indizien für oder gegen die Zugehörigkeit zu dem Preis der von Privaten wahrgenommenen Verwaltungsaufgaben verwerten: Das gilt für das Merkmal der höchstpersönlichen oder vertretbaren Pflichten, das für das Vorliegen einer allgmeinen Bürgerpflicht spricht[4], für die Unterscheidung zwischen der gesetzlichen Verpflichtung zu einem Dulden oder Unter-

---

1) Vgl. Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater, S.144; Forsthoff, Lehrbuch, S.179; sowohl die genannten Steuerabführungs- als auch Melde- und Anzeigepflichten sowie die Pflicht nach § 330 c StGB beruhen unmittelbar auf dem Gesetz; es kann daher nicht überzeugen, wenn Ipsen, a.a.O., seine Unterscheidung damit rechtfertigt, in diesen Fällen bedürfe es noch eines konkretisierenden Einzelakts.

2) Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S.97 f.; Dagtoglou, DÖV 1970, S.535; Leisner, AöR, Bd.83(1968), S. 197 f.

3) Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 194 f. m.w.N.

4) Mit diesem Gesichtspunkt scheiden allgemeine Melde-, Auskunfts-, Erklärungs-, Zeugen- und Sachverständigenpflichten aus, vgl. Dagtoglou, DÖV 1970, S.536; aber auch die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen dürfte zu den allgemeinen Bürgerpflichten zählen. Die Tatsache, daß diese Steuern vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer zu entrichten sind, beweist nicht, daß es sich hierbei an sich um eine von der Verwaltung zu erfüllende Aufgabe handelt; vielmehr ist der Arbeitgeber aus sozialen Gründen damit selbst Subjekt einer höchst persönlichen und unvertretbaren Pflicht geworden. Einen Katalog von Aufgaben, die an sich der Verwaltung selbst zu erfüllen sind, jedoch auf Private abgewälzt werden, gibt es nicht; so im Ergebnis auch Dagtoglou, DÖV 1970, S.536; a.A. Forsthoff, Lehrbuch, S.179; Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater, S.145 f.

lassen oder zu einer bestimmten Leistung[1] wie auch für die Gemein- oder Privatnützigkeit der dem Privaten abverlangten Leistung. Geht es um die Herauslösung "besonderer" aus der Reihe der allgemeinen Bürgerpflichten, so kommt dem Kreis der in Pflicht genommenen Adressaten eine besondere Bedeutung zu. Wendet sich der Staat an eine bestimmte Gruppe der Bevölkerung, weil nur diese die benötigten, sachlichen und personellen Mittel besitzt[2], so ist dies ein Indiz für eine beabsichtigte Abwälzung von Verwaltungsaufgaben, während bei den allgemeinen jedermann oder eine unbestimmte Vielzahl von Personen treffenden Pflichten nicht die ausschließliche Innehabung bestimmter Fähigkeiten, sondern die Verwaltungsvereinfachung im Vordergrund steht[3]. Nicht zu den verwertbaren Indizien zählen jedoch die Ausgestaltung der Aufsichts- und Weisungsrechte, sowie die anwendbare Haftungsnorm. Sieht man einmal davon ab, daß der Gesetzgeber hierüber häufig keine Aussage trifft, so sind die hinsichtlich dieser Fragen jeweils geltenden Regelungen gerade eine Konsequenz der Zuordnung einer Pflicht zu den allgemeinen oder besonderen Verwaltungspflichten und nicht umgekehrt[4]. Erst durch die hinter dieser Zuordnung stehenden Fragen der Anwendbarkeit von Art. 34 GG[5], des Umfanges der staatlichen Ingerenzpflichten sowie einer möglichen Erstattung der dem Privaten entstehenden Kosten[6], gewinnt der gesamte Fragenkomplex der Delegation seine besondere Bedeutung.

---

1) Dagtoglou, DÖV 1970, S. 536.
2) Beispiel: TÜV, die staatlich gebundenen Berufe, die Banken (Mindestreservepflicht), die Mineralölwirtschaft (Bevorratungspflicht), die Schiffahrtsindustrie (im Hinblick auf Subventionen), nicht aber z.B. die Arbeitgeber im Hinblick auf die Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge, da diese auch den Arbeitnehmern selbst abverlangt werden könnten.
3) Vgl. Bachof, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 259.
4) Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 157, führt einerseits diese Kriterien an, weist aber andererseits auf die Gefahr des Zirkelschlusses hin.
5) Sie wird überwiegend bejaht, vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 180; Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater, S. 161; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 196 f., der allerdings auf die Problematik der Passivlegitimation des Privaten hinweist, die durch die private Rechtsnatur des Leistungsverhältnisses entsteht.
6) Vgl. dazu Ipsen, a.a.O., S. 153 f.; Ossenbühl, VVDStRL, Heft 29 (1970), S. 180 f., die beide eine Kostenerstattung bejahen.

Es hat sich gezeigt, daß schon im staatlichen Bereich die Einschaltung Privater in die Verwaltung rechtssystematisch wenig erforscht ist und viele Fragen der Auslegung dem Einzelfall überlassen bleiben. Bevor nun die Übertragbarkeit der im staatlichen Bereich geltenden Grundsätze auf den kommunalen Bereich untersucht wird, soll noch ein Gesichtspunkt hervorgehoben werden, der gerade im Hinblick auf die kommunalen Eigengesellschaften bedeutsam erscheint.

d) Echte und unechte Delegation

Betrachtet man die verschiedenen Formen der Beteiligung Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so drängt sich ein Unterschied gradueller Art auf, der sich als "echte" und "unechte" Delegation kennzeichnen läßt[1]. In der als echte Delegation bezeichneten Gruppe von Fällen bedient sich der Staat bereits vorhandener Privater, indem er ihnen bestimmte Pflichten auferlegt, während er bei der unechten Delegation den privaten Verwaltungsträger selbst errichtet, gewissermaßen in das Gewand des Privatrechts schlüpft[2].
Die im Zusammenhang mit der allgemeinen Problematik der Delegation behandelten Fragen sind bei beiden Formen zwar nicht qualitativ unterschiedlich, sie tauchen jedoch bei der unechten Delegation nur in abgeschwächter Form auf. Sieht man nämlich von den dem Fiskalbereich zuzuordnenden Fällen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ab[3], so dürfte in Fällen unechter Delegation weder die öffentliche Natur der damit erfüllten Aufgabe, noch die den Staat grundsätzlich treffende Ingerenzpflicht ernstlich in Zweifel gezogen werden, da der Staat die betreffenden Aufgaben, wenn auch in privater Rechtsform, selbst erfüllt. Damit bleibt der private Träger nicht nur von der Aufgabenstellung her, sondern auch organisatorisch Bestandteil der staatlichen Verwaltung. Die alleinige Trägerschaft

1) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 141, bezeichnet dies als äußere (echte) und innere (unechte) Delegation.
2) An Beispielen aus dem staatlichen Bereich sind zu nennen: Die Niedersächsische Hochschulbaugesellschaft m.b.H., Nordrhein-Westfälische Hochschulbau- und Finanzierungs-Gesellschaft m.b.H., GAWI (Entwicklungshilfe).
3) Vgl. Badura, JuS 1966, 18/19; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II a), S. 105 m.w.N.; Emmerich, JuS 1970, S. 334 f., der jedoch jede Betätigung der öffentlichen Hand in privater Rechtsform hierher rechnet und öffentlich-rechtliche Bindungen insgesamt ablehnt.

erleichtert zugleich die Schaffung einer weitgehenden Abhängigkeit von dem Willen der Bürokratie, weil diese, soweit das Privatrecht das erlaubt, auf die Organisation der Unternehmen Einfluß nehmen kann.

Bevor die sich hieraus ergebenden Konsequenzen untersucht werden, sollen die wichtigsten die für die Delegation im staatlichen Bereich gewonnenen Ergebnisse zusammengefaßt werden:
Erstens: dem Staat steht ein Ermessensspielraum zu, welche Aufgaben er sich stellt und in welcher Form er sie erfüllt. Einschränkungen erfährt er hierbei jedoch durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes sowie durch die Grundrechte. Delegiert er Verwaltungsaufgaben, so muß er die Rückbindung an das Gemeinwesen durch an der Durchsetzung seiner Zielsetzung orientierte Aufsichts- und Weisungsrecht gewährleisten.

Zweitens: Welche Fälle der Indienstnahme Privater unter den Tatbestand der Delegation fallen und welche lediglich allgemeine Bürgerpflichten beinhalten, kann nur im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden. Mit Sicherheit zählen hierzu jedoch die als unechte Delegation gekennzeichneten, d.h. diejenigen Fälle, in denen eine juristische Person des Privatrechts eigens zur Erfüllung von Verwaltungsleistungen gegründet wird.

e) Übertragbarkeit der auf staatlicher Ebene geltenden Grundsätze auf dem kommunalen Bereich

Waren auf staatlicher Ebene die Delegationsmöglichkeiten in erster Linie von der politischen Leitfunktion des Parlaments, d.h. der demokratisch-konstitutionell verankerten Macht, sich Aufgaben zu setzen und die Erfüllungsmodalitäten zu regeln, bestimmt, so fragt sich, ob es auf Gemeindeebene vergleichbare Kompetenz gibt. Die besondere Rolle des Parlaments auf staatlicher Ebene beruht zu einem Teil auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung und der damit verbundenen rpinzipiell kontradiktorischen Stellung gegenüber der Exekutive, Grundsätze, die auf Gemeindeebene keine Gültigkeit besitzen. Gleichwohl gibt es auch dort eine Leitfunktion des Parlaments

in ihren Auswirkungen vergleichbare, aus der Selbstverwaltungsgarantie verfassungskräftig abgeleitete Regelungsbefugnis der Gemeindeorgane[1].
Unbeschadet der weiteren Frage, ob sich auf der Ebene der Verfassung über die Rolle der Volksvertretung bei der Ausübung dieser Regelungsbefugnis Aussagen treffen lassen, können für die Gemeinde als Ganzes vorab zwei Feststellungen getroffen werden:
Erstens können sich auch die Gemeinden im Rahmen des durch die Selbstverwaltungsgarantie abgesteckten Bereiches Aufgaben setzen und diese in privater Rechtsform erfüllen[2]; dies sogar im weiteren Umfang als der Staat, weil der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG für die Gemeinden nicht gilt.

Zweitens korrespondiert dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden eine Selbstverwaltungspflicht, d.h. sie müssen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach besten Kräften in die Hand nehmen[3]. Insofern wohnt der Kompetenzverleihung des Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur ein Recht gegenüber dem Staat, sondern auch eine gewisse Pflichtigkeit, die damit auch gegebenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch wahrzunehmen, inne[4].

Vor diesem Hintergrund tritt die zentrale Problematik dieses Abschnittes in aller Schärfe hervor: handelt es sich bei den von den kommunalen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen wahrgenommenen Aufgaben um Angelegenheiten des örtlichen Kompetenzrahmens, so bleibt dies nicht ohne Auswirkung auf die von der Gemeinde aus ihrer Pflichtigkeit heraus zu wahrenden Einflußrechte.

---

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 86 VII, S. 184; Stern, in BK, Anm. 105 zu Art. 28; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 36 f.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 159; damit sind sowohl der Grundsatz der Allseitigkeit des gemeindlichen Wirkungskreises als auch der der Eigenverantwortlichkeit angesprochen.
2) Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 39.
3) Stern, in BK, Anm. 92 zu Art. 28.
4) Stern, wie Fußn.3.

erleichtert zugleich die Schaffung einer weitgehenden Abhängigkeit von dem Willen der Bürokratie, weil diese, soweit das Privatrecht das erlaubt, auf die Organisation der Unternehmen Einfluß nehmen kann.

Bevor die sich hieraus ergebenden Konsequenzen untersucht werden, sollen die wichtigsten die für die Delegation im staatlichen Bereich gewonnenen Ergebnisse zusammengefaßt werden:
Erstens: dem Staat steht ein Ermessensspielraum zu, welche Aufgaben er sich stellt und in welcher Form er sie erfüllt. Einschränkungen erfährt er hierbei jedoch durch die Kompetenzordnung des Grundgesetzes sowie durch die Grundrechte. Delegiert er Verwaltungsaufgaben, so muß er die Rückbindung an das Gemeinwesen durch an der Durchsetzung seiner Zielsetzung orientierte Aufsichts- und Weisungsrecht gewährleisten.

Zweitens: Welche Fälle der Indienstnahme Privater unter den Tatbestand der Delegation fallen und welche lediglich allgemeine Bürgerpflichten beinhalten, kann nur im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden. Mit Sicherheit zählen hierzu jedoch die als unechte Delegation gekennzeichneten, d.h. diejenigen Fälle, in denen eine juristische Person des Privatrechts eigens zur Erfüllung von Verwaltungsleistungen gegründet wird.

e) Übertragbarkeit der auf staatlicher Ebene geltenden Grundsätze auf dem kommunalen Bereich

Waren auf staatlicher Ebene die Delegationsmöglichkeiten in erster Linie von der politischen Leitfunktion des Parlaments, d.h. der demokratisch-konstitutionell verankerten Macht, sich Aufgaben zu setzen und die Erfüllungsmodalitäten zu regeln, bestimmt, so fragt sich, ob es auf Gemeindeebene vergleichbare Kompetenz gibt. Die besondere Rolle des Parlaments auf staatlicher Ebene beruht zu einem Teil auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung und der damit verbundenen rpinzipiell kontradiktorischen Stellung gegenüber der Exekutive, Grundsätze, die auf Gemeindeebene keine Gültigkeit besitzen. Gleichwohl gibt es auch dort eine Leitfunktion des Parlaments

von Verwaltungstätigkeiten der juristischen Diskussion aufgeschlossen zu haben, im Grunde kein juristischer Begriff, sondern ein politisches Ziel des Wohlfahrtsstaates[1]. Ebenso fällt es schwer, bei Unternehmen von der Größenordnung der RWE oder Preußag noch den kommunalen, d.h. örtlichen Bezug zu erkennen[2]. Gleichwohl vermögen diese Bedenken eine Herauslösung der Aufgaben Versorgung und Verkehr aus dem von Art. 28 Abs. 2 GG garantierten Funktionskreis nicht zu rechtfertigen. Dabei wird nämlich verkannt, daß es sich bei der Abschichtung von Selbstverwaltungsangelegenheiten um die Zusicherung bestimmter Kompetenzen gegenüber dem Staat, nicht gegenüber Privaten handelt[3]. Gegenüber dem Staat gelten jedoch alle diejenigen Aufgaben als Selbstverwaltungsaufgaben, deren Regelung sachlich und traditionell an den örtlichen Rahmen gebunden ist, was daran deutlich wird, ob die Gemeinden für eine bestimmte Leistung von ihren Bürgern in Anspruch genommen wird. Ob sie diesen Anspruch durch Anschluß an ein überregionales Unternehmen, durch Belassung eines vorhandenen privaten Unternehmers oder durch Gründung einer eigenen Gesellschaft, gerecht wird, macht im Hinblick auf die allein entscheidende Aufgabenzuständigkeit der Gemeinden[4] ebensowenig einen Unterschied wie die Tatsache, daß nach dem in den Gemeindeordnungen durchgängig festgelegten Subsidiaritätsprinzip die Gemeinden solche Unternehmen überhaupt nur dann selbst führen dürfen, wenn kein geeigneter Privatunternehmer vorhanden ist. Entscheidend für die Bestimmung kommunaler Aufgaben sind nicht die Erfüllungsmodalitäten, sondern die generelle Verantwortlichkeit für die Erledigung dieser Aufgabe aufgrund des örtlichen Bezugs. Hierbei spielt, wie im gesamten Bereich der verfassungsmäßig vorgeformten kommunalen Selbstverwaltung, das vom Grundgesetz vorgefundene historische Bild der Selbstverwaltung eine gewichtige Rolle. Aufgaben, die die Gemeinden seit Jahrzehnten wahrgenommen haben, wie Versorgung mit Gas, Wasser und Strom, sind im Bewußtsein der Bürger in besonderem Maße als kommunale

1) Fischerhof, DÖV 1957, S. 313.
2) Weitere Beispiele, insbes. für die bei den größeren Unternehmen vorherrschende Form der sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bei Rüfner, Formen offentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 186 f.m.w.N.
3) W. Weber, a.a.O., S. 53.
4) So deutlich Stern, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 44, S. 11.

Aufgaben verankert. Auch durch diese Tatsache wird ihre Zugehörigkeit zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten untermauert[1].

Ein zweiter Gesichtspunkt kommt hinzu: Die Gemeinden können den Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG auch dann in Anspruch nehmen, wenn sie keine essentiellen, d.h. dem unabdingbaren Kernbereich gemeindlicher Betätigung zugehörigen Aufgaben unangefochten wahrnehmen. Zweifellos ist eine Festschreibung allzu vieler Aufgaben als essentielle Selbstverwaltungsangelegenheiten eher schädlich als nützlich[2]; der Staat muß die Möglichkeit haben, bis zu einer gewissen Grenze seine größere Leistungsfähigkeit auszuspielen und Aufgaben zu entkommunalisieren.
Ob ein solcher Fall gerade für die Energieversorgung der Bevölkerung vorliegt, erscheint zweifelhaft[3]. Entscheidend ist jedoch, daß die Gemeinden für die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser und Strom sowie der Verkehrsbedienung von ihrer subsidiären Allzuständigkeit Gebrauch gemacht haben und die ihnen daraus entstehende Kompetenz bisher von keiner staatlichen Stelle streitig gemacht wurde. Zumindest solange dies nicht der Fall ist, gehören die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe unzweifelhaft zu den in Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Agenden gemeindlicher Betätigung.

f) Ingerenzpflichten der Gemeinde

Es ist schon angedeutet worden, daß die Zugehörigkeit der hier in Frage stehenden Aufgaben zu den durch Art. 28 Abs.2 GG abgesicherten Bestätigungen nicht ohne Auswirkungen auf die von den Kommunen zu wahrenden Aufsichtsrechte bleiben kann. Diese Frage hat zwei, freilich in einem gewissen Zusammenhang stehende Aspekte, nämlich, welche Ingerenzpflichten die Ge-

1) Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 617; Stern, in BK, Anm. 89 zu Art. 28; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 331; H.J. Wolff, AfK 2 (1963), S.166.
2) Vgl. Stern, in BK, Anm. 86 und 87 zu Art. 28; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 51; BVerfGE 1, 167 (175); 23, 353 (365).
3) Bejahend: Stern in BK, Anm. 89 zu Art. 28; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 55.

meinde als Ganzes unabhängig von der innergemeindlichen Zuständigkeitsverteilung trifft und welchen Stellenwert hierbei das in Art. 28 Abs. 2 GG angeordnete Prinzip der Volksvertretung hat. Das letztgenannte Prinzip kann dabei allerdings nur dann zum Zuge kommen, wenn sich aus ihm bestimmte, zwingend von der Volksvertretung wahrzunehmende Kompetenzen ableiten lassen.

(1) Die die Gemeinde als Ganzes treffende Erfüllungsverantwortung

Als Ausgangspunkt für die nunmehr erforderlichen Überlegungen können auch hier die für den staatlichen Bereich ermittelten Grundsätze herangezogen werden. Den Staat trifft im Fall der Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben die Pflicht, die Rückbindung an das Gemeinwesen durch ein an der Durchsetzung seiner Zielsetzung orientiertes Aufsichts- und Weisungsrecht zu gewährleisten. Ungeachtet gewisser Freiräume können auf staatlicher Ebene öffentliche Aufgaben grundsätzlich nur aufgrund Gesetzes und nur bei Wahrung hinreichender Einflußmöglichkeiten der demokratisch-legitimierten Organe an Private delegiert werden; dabei ist die Art der Einflußsicherung durch den Grundsatz der Gewaltenteilung bestimmt, d.h. sie ist der - parlamentarisch verantwortlichen - Exekutive vorbehalten. Damit verbleibt die Erfüllungsverantwortung beim Gemeinwesen.

Mit einer unmodifizierten Übernahme dieser Grundsätze in den kommunalen Bereich wäre, auch ohne daß der Grundsatz der Gewaltenteilung hier gilt, wohl der Stab über die erweiterte Mitbestimmung in den kommunalen Eigengesellschaften gebrochen. Denn die von einer Gemeinde durch die Gründung bzw. Übernahme einer privaten Gesellschaft verfolgte Zielsetzung kann nur dahin gehen, nunmehr die Erfüllungsverantwortung für die von dieser Gesellschaft wahrgenommenen Aufgaben selbst, d.h. durch ihre Organe, zu übernehmen. Ein an dieser Zielsetzung orientiertes Aufsichts- und Weisungsrecht schließt notwendig die Kontrolle über die entscheidenden Fragen der Leistungsgewährung wie z.B. Umfang und Bedingungen der Belieferung bzw. der Verkehrsbedienung ein.

Gilt das Demokratieprinzip auch auf Gemeindeebene in dem Sinne, daß die Erfüllungsverantwortung für eine als Selbst-

verwaltungsangelegenheit in Anspruch genommene Aufgabe ausschließlich bei den demokratisch-legitimierten Organen des Gemeinwesens verbleiben muß, so ist damit eine Delegation dieser Verantwortung an nicht demokratisch-legitimierte Organe bzw. Personen unzulässig. Diese Schlußfolgerung wird jedoch namentlich von Ossenbühl[1] im Hinblick auf die Nichtübertragbarkeit der im staatlichen Bereich geltenden Grundsätze auf die Gemeindeverfassung abgelehnt.

(2) Plebiszitäre und repräsentative Elemente der Gemeindeverfassung

Zum einen, wird argumentiert, sei das Bild der kommunalen Selbstverwaltung seit jeher abweichend von der staatlichen Verwaltung durch plebiszitäre Elemente unmittelbarer Bürgerbeteiligung geprägt[2]. Hierfür seien an Beispielen die in einigen Gemeindeordnungen vorgesehenen Bürgerbegehren, Bürgerentscheidungen[3], volksunmittelbare Wahl des Bürgermeisters[4] und Bürgerversammlungen[5] sowie die ebenfalls vielfach vorgesehenen Pflichten zur Übernahme von Ehrenämtern zu nennen[6]; auch die Möglichkeit der Heranziehung sachkundiger Bürger in den Ausschüssen des Gemeinderates sei in diesem Zusammenhang zu nennen[7]. Zum anderen habe zwar Art. 28 GG die Idee der Volksvertretung in den Mittelpunkt der Gemeindeverfassung gestellt, für die interkommunale Zuständigkeitsverteilung stehe jedoch anerkanntermaßen dem Landesgesetzgeber ein weiter Spielraum zu, der Aussagen über die von der Gemeindevertretung zwingend zu wahrenden Kompetenzen auf der Ebene des Grundgesetzes unmöglich mache[8].

---

1) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 38 f.
2) Ossenbühl, a.a.O., S. 43, unter Hinweis auf Forsthoff, Lehrbuch, S. 536.
3) § 21 GO Baden-Württemberg.
4) § 45 GO Baden-Württemberg; Art. 45 GO Bayern.
5) § 20 GO Baden-Württemberg; Art. 18 GO Bayern.
6) § 15 GO Baden-Württemberg; § 21 GO Hessen; § 23 Nds. GO; § 20 Abs. 2 GO Nordrhein-Westfalen; § 19 GO Rheinland-Pfalz; § 19 GO Schleswig-Holstein; Art. 19 GO Bayern.
7) § 41 Abs.1 GO Baden-Württemberg, § 62 Abs.6 GO Hessen; § 51 Abs. 3 Nds. GO; § 42 Abs. 2 GO Nordrhein-Westfalen; § 46 Abs. 1 GO Rheinland-Pfalz, § 46 Abs. 2 GO Schleswig-Holstein.
8) Stern, in BK, Anm.50 zu Art. 28; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, S. 703.

Zunächst einmal ist zu betonen, daß mit dem Hinweis auf die plebiszitären Elemente der Selbstverwaltung und dem Spielraum des Landesgesetzgebers bei der Ausgestaltung der Gemeindeverfassungen zwei Argumente kumulativ gebraucht werden, die prinzipiell unterschiedliche Gesichtspunkte betreffen. Der eine betrifft nämlich die Frage, bis zu welcher Grenze Bürger - unabhängig von der Zuständigkeitsverteilung zwischen Rat, Ausschüssen, Direktor und Bürgermeister - an der Ausübung von die Gemeinde als Ganzes treffenden Kompetenzen teilhaben dürfen, der andere dagegen die Frage, inwieweit das Prinzip der Volksvertretung die Zusammenfassung der von der Gemeinde insgesamt wahrzunehmenden Kompetenzen in der Hand der Volksvertretung gebietet. Eine innere Abhängigkeit dieser beiden Fragen könnte nur dann bejaht werden, wenn zumindest auf der Ebene des Grundgesetzes alle nicht zwingend von der Volksvertretung wahrzunehmenden Kompetenzen in zulässiger Weise durch unmittelbare Bürgerbeteiligung erfüllt werden könnten.

Das Grundgesetz hat mit dem Prinzip der Volksvertretung in erster Linie ein Mindesterfordernis für die Gemeindeverfassung geschaffen und ist dabei davon ausgegangen, daß die Kompetenzaufteilung unterhalb dieser Schwelle zwischen den verschiedenen, nach den überkommenden Typen der Gemeindeordnungen, bekannten Organen vorgenommen wird[1]. Nunmehr geht es jedoch um die Frage, inwieweit sich aus den genannten plebiszitären Elementen der Gemeindeverfassung der Schluß ziehen läßt, eine Ausübung dieser Kompetenzen sei auch außerhalb der Gesamtheit der demokratisch legitimierten Gemeindeorgane zulässig. In diesem Zusammenhang müssen zunächst einmal Bürgerbegehren, Bürgerentscheid, die volksunmittelbare Wahl des Bürgermeisters und auch die in Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG vorgesehene Gemeindeversammlung aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Denn bei diesen handelt es sich um Gemeindeorgane im weiteren Sinne, in denen die Bürgerschaft selbst zur Entscheidung über bestimmte Fragen aufgerufen wird und damit in grundsätzlich repräsentativ strukturierte Gemeindeverfassungen gewisse Elemente unmittelbarer Demokratie eingeführt werden, an deren Zulässigkeit

1) Vgl. zu dem historischen Element bei der Bestimmung des Wesensgehalts der Selbstverwaltung: BVerfG E 17, 172 (182), 23, 353, 365; Stern, in BK, Anm. 64 zu Art. 28.

angesichts der grundgesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, anstelle des Repräsentativorgans die Gemeindeversammlung treten zu lassen, kein Zweifel besteht[1]. Hier kommt es jedoch darauf an, daß durch solche Formen unmittelbarer Demokratie dem Erfordernis der Kompetenzausübung ausschließlich durch demokratisch legitimierte Organe ebenso Genüge getan wird wie durch die ganz überwiegend praktizierten Formen der repräsentativen Demokratie[2]. Die Überwälzung von Erfüllungsverantwortung auf Private unterscheidet sich hiervon grundsätzlich dadurch, daß der Private jeder demokratischen Legitimation entbehrt.

Was die sonstigen Formen der Beteiligung von sachkundigen Bürgern an gemeindlicher Kompetenzausübung angeht, so ist kein Beispiel sichtbar, das auch nur annähernd so weitreichende Mitentscheidungsbefugnisse enthielte wie das bei der erweiterten Mitbestimmung der Fall ist.
Ossenbühl selbst weist darauf hin, daß sowohl bei der Übertragung der Erschließung bestimmter Gebiete nach § 123 Abs.3 BBauG als auch bei der Beteiligung Privater an den Aufgaben der Jugendwohlfahrt gem. § 18 Jugendwohlfahrtsgesetz und bei der Vergabe des Betriebes öffentlicher Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang an Private die Erfüllungsverantwortung der Gemeinde, die diese durch ihre Organe wahrnimmt, unangetastet bleibt[3].
Schließlich wächst auch die Beteiligung sachkundiger Bürger in den Ratsausschüssen, selbst in den weitestgehenden Fällen nicht in den Tatbestand einer relevanten, d.h. der Mitbestimmung vergleichbaren Mitentscheidungsbefugnis hinein.
Die überwiegende Zahl von Gemeindeordnungen kennt eine Beteiligung sachkundiger Bürger überhaupt nicht[4] oder gewährt ihnen

---

1) Formen der unmittelbaren und mittelbaren Demokratie können miteinander gemischt werden; vgl. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 248.
2) In der Praxis dürfte insbesondere die in den meisten Ländern abgeschlossene Gebietsreform, die in der Regel von einer "Leitbild-gerechten" Gemeinde erst ab 5.000 Einwohnern ausgeht, die Formen unmittelbarer Demokratie überflüssig machen, da diese auf kleine Gemeinden zugeschnitten sind.
3) Ossenbühl, a.a.O., S. 40.
4) Art. 43 GO Bayern; § 48 Abs. 1 GO Saarland und § 62 Abs.6 GO Hessen kennen lediglich die beratende Heranziehung von Bürgern.

kein Stimmrecht[1]. So können in Baden-Württemberg sachkundige Bürger nur in den beratenden Ausschüssen mit Stimmrecht beteiligt werden[2]; ähnlich ist die Regelung in Niedersachsen, wo lediglich in den Ausschüssen, die zur Vorbereitung der Ratsbeschlüsse gebildet werden, bis zu einem Drittel Nichtratsmitglieder beteiligt werden können, die jedoch kein Stimmrecht haben[3]; dies gilt jedoch nicht für den mit wichtigen Kompetenzen versehenen Verwaltungsausschuß[4]. In Nordrhein-Westfalen[5] und Schleswig-Holstein[6] darf die Zahl der sachkundigen Bürger diejenige der Ratsherren nicht erreichen; außerdem haben in Schleswig-Holstein die Ausschüsse nur vorbereitende Funktion[7], während in Nordrhein-Westfalen gerade in dem mit wichtigen Kompetenzen ausgestatteten Haupt-, Finanz- und Rechnungsprüfungsausschüssen eine Beteiligung sachkundiger Bürger ausgeschlossen ist[8]. In Rheinland-Pfalz schließlich sind zwar sachkundige Bürger für die mit eigenen Kompetenzen versehenen Ausschüsse unbeschränkt wählbar[9]; die wichtigen Beschlußfassungen verbleiben jedoch zwingend beim Rat[10].

Alle diese Regelungen - mit Einschränkungen auch die des Landes Rheinland-Pfalz - beschränken die Beteiligung von sachkundigen Bürgern auf die Mitarbeit ohne Stimmrecht oder lediglich in vorbereitenden oder jedenfalls nicht den entscheidenden Ausschüssen. Ohnedies sind diese Regelungen einfachgesetzlicher Ausprägung und haben daher für das, was als grundgesetzlich vorgeschriebene Gemeindeverfassung zu gelten hat, nur indiziellen Aussagewert. Dieser geht allerdings dahin, daß - entgegen Ossenbühl - Entscheidungsmacht und -verantwortung für die kommunalen Aufgaben bei den demokratisch legitimierten Hauptorganen der Gemeinde monopolisiert sind[11].

---

1) § 51 Abs.3 Nds.60; § 40 Abs.1 GO Baden-Württemberg.
2) In beschließenden Ausschüssen ohne, in beratenden mit Stimmrecht (§§ 40 Abs.1, 41 Abs.1 GO Baden-Württemberg).
3) § 51 Abs.3 Nds. GO.
4) § 56 Nds. GO
5) § 42 Abs. 2 GO Nordrhein-Westfalen.
6) § 46 Abs.2 GO Schleswig-Holstein.
7) § 45 Abs.1 GO Schleswig-Holstein.
8) § 42 Abs.2 i.V.m. § 43 GO Nordrhein-Westfalen.
9) § 46 Abs.1 GO Rheinland-Pfalz.
10) § 46 Abs.2 GO Rheinland-Pfalz.
11) v.Unruh, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg.v.Ingo von Münch, 3.Aufl. 1972, S.92; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.36.

Zu den demokratisch legitimierten Hauptorganen zählen allerdings die von dem Gemeindevolk unmittelbar gewählten Organe, ~~die~~ in der Regel der Rat oder auch der Bürgermeister ebenso wie die vom Rat mittelbar gewählten Organe wie in den meisten Ländern Bürgermeister und Gemeindevorsteher und - in Niedersachsen - der Verwaltungsausschuß, der im übrigen nicht durch Wahl, sondern durch ein besonderes Verfahren gebildet wird. Die von Ossenbühl und anderen mit Recht hervorgehobene Tatsache, daß für die Selbstverwaltung in stärkerem Maße als auf staatlicher Ebene die unmittelbare Beteiligung der Bürger charakteristisch ist[1], ist, soweit es sich um die Übertragung von Entscheidungsmacht handelt, ausschließlich in den Formen der unmittelbaren Demokratie, nicht aber durch Delegation ohne Absicherung der Erfüllungsverantwortung des Gemeinwesens zulässig.

(3) Das Prinzip der Volksvertretung

Das zweite Argument, aus dem Ossenbühl die Verfassungsmäßigkeit der erweiterten Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften ableitet, besteht in dem anerkanntermaßen weiten Spielraum des Landesgesetzgebers bei der interkommunalen Zuständigkeitsverteilung, der die Übertragung von Entscheidungsmacht auch an nicht durch unmittelbare Volkswahl gewählte Organe - jedenfalls auf der Ebene des Grundgesetzes - ermöglicht[2].
Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß diese Argumentation die Gefahr der Relativierung der Rolle der Volksvertretung und damit der Schwächung der Kompetenzen bis hin zur Bedeutungslosigkeit in sich birgt[3].

Demgegenüber kann die verfassungsmäßig vorgeschriebene Bildung einer Volksvertretung nur dann einen Sinn haben, wenn dieser damit auch ein freilich schwer zu bestimmender

---

1) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 39; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 187; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 59 f.; BVerfG E 11, 266 (275).
2) Stern, in BK, Anm. 50 zu Art. 28; Köttgen, HBKWP, 1.Bd., 1956, S. 196; Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 186.
3) Auf diese Gefahr weist Gönnewein, Gemeinderecht, S. 275, hin.

Mindestbestand an Kompetenzen garantiert ist[1], während andererseits einer Monopolisierung aller Kompetenzen in der Hand der Volksvertretung keine Grenzen gezogen sind[2]. Gleichwohl ist im Grundsatz unbestritten, daß der Landesgesetzgeber in weitem Umfang auch andere Organe mit Entscheidungskompetenzen versehen kann. Die im Hinblick auf die kommunalen Eigengesellschaften erforderlichen Aufsichts- und Weisungsrechte müssen danach nicht zwingend vom Rat wahrgenommen werden. Daraus folgert Ossenbühl nun, daß auf der Ebene des Grundgesetzes überhaupt keine Aussagen darüber getroffen werden können, durch welches Organ die Gemeinde die grundsätzlich unbestrittene Entscheidungsmacht und -verantwortung wahrzunehmen hat. Eine konsequente Anwendung dieser Argumentation würde zur Folge haben, daß grundgesetzlich alle nicht durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG als Mindestbestand für die Volksvertretung reservierten Kompetenzen an nicht demokratisch legitimierte Organe übertragen werden könnten, und zwar in der Form, daß die Ausgliederung die Übertragung von Erfüllungsverantwortung nicht nur mit beinhaltet, sondern geradezu bezweckt.

Dieses Ergebnis steht mit den im Zusammenhang mit der allgemeinen Delegationsproblematik erarbeiteten Grundsätzen im Widerspruch. Danach war eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private unter Hinnahme einer gewissen Mediatisierung jedenfalls nur dann zulässig, wenn die Rückbindung an das Gemeinwesen in der Weise ausgestaltet war, daß die Überwachung der vom Gemeinwesen selbst ausgegebenen Zielsetzung auch bei

---

1) Stern, in BK, Anm. 50 zu Art. 28; Wolff, Verwaltungsrecht II, 3.Aufl., § 86 VII e) 1, S. 203; Köttgen, HBKWP 1.Bd. 1956, S. 199; v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, S. 703; demgegenüber nimmt Gönnewein, Gemeinderecht, S. 276, eine Vorrangstellung der Volksvertretung an, auch Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 54, erkennt den demokratisch gewählten Volksvertretungen eine "besondere Rangstellung" zu. Ob dies zutreffend ist, hängt wesentlich davon ab, welche Kompetenzen man im einzelnen als zur Wahrung dieser Vorrangstellung erforderlich ansieht; immerhin haben die der Gemeindevertretung zugeordneten Kompetenzen in fast allen Ländern ein derart deutliches Übergewicht, daß man jedenfalls de facto von einer Vorrangstellung sprechen muß.

2) Gönnewein, Gemeinderecht, S. 311; Forsthoff, Lehrbuch, S. 536; a.A. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd.I, S. 703.

diesem verblieb. Die Grenzen zulässiger Delegation sind danach dann überschritten, wenn nicht allein die Aufgabenerfüllung, sondern auch die Erfüllungsverantwortung delegiert wird. Darüberhinaus verdeckt das Argument von Ossenbühl, angesichts des weiten Spielraums bei der interkommunalen Zuständigkeitsverteilung könne auch ein nicht durch unmittelbare Volkswahl gewähltes Organ mit eigenen Entscheidungskompetenzen versehen werden, einen wesentlichen Unterschied zwischen den mittelbar demokratisch konstituierten Gemeindeorganen und sonstigen "Organen", deren sich die Gemeinde bei der Durchführung ihrer Aufgaben bedient. Liegen dem von Art. 28 Abs. 2 GG stillschweigend vorausgesetzten Bild der Selbstverwaltung die überkommenen Typen deutscher Gemeindeverfassung zugrunde, so ist damit die Zulässigkeit jedweder Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gemeindeorganen bis hin zur Grenze jenes Mindestbestandes an Kompetenzen der Volksvertretung dargetan. Auf diese Kompetenzverteilung zwischen Rat, Bürgermeister und Gemeindeverwaltung beschränkt sich der dem Landesgesetzgeber zu Gebote stehende Spielraum. Demgegenüber geht es bei der erweiterten Mitbestimmung um die Frage, ob auch außerhalb der Gemeindeorgane stehende juristische oder natürliche Personen mit Entscheidungsmacht und -verantwortung für kommunale Aufgaben ausgestattet werden dürfen.

(4) Der Grundsatz demokratischer Legitimation allen staatlichen Handelns

Zum Bild der Demokratie nach dem Grundgesetz gehört es, daß alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht und von diesem in Wahlen und Abstimmungen ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG). Damit ist klargestellt, daß die Ausübung jeder staatlichen Gewalt der Rückführung auf den Willen des Volkes bedarf[1]. Eigene Staatlichkeit kommt allerdings Bund und Ländern zu, so daß die in Art. 20 angeordnete Volkssouveränität in erster Linie auf diese bezieht, während es den Gemeinden an einer originären Staatsgewalt mangelt. Die Sonderstellung der kommunalen Selbstverwaltung besteht jedoch darin, daß sie einerseits von ihrer Aufgabenstellung her der vollziehenden Gewalt zuzurechnen ist und daher einer von dieser abgeleiteten Legitimation bedarf, andererseits aber

1) Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Anm. 46 f. zu Art. 20 m.w.N.

wegen ihrer Möglichkeiten zur eigenverantwortlichen Gestaltung der ihr zugewiesenen Aufgaben ein Bedürfnis nach einer eigenen Legitimation besteht, soll nicht ein der Volkssouveränität entzogener Raum öffentlicher Gewalt entstehen[1]. Es ist daher anerkannt, daß das in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG aufgestellte Kreationsprinzip nicht nur die Bildung der Bundes- und Landesstaatsgewalt, sondern auch die von den Kommunen ausgeübte Gewalt erfaßt[2]. Insofern enthält Art. 20 GG den für den Bereich des Grundgesetzes fundamentalen Grundsatz der demokratischen Legitimation aller öffentlichen Gewalt. Die Gültigkeit dieses Grundsatzes auch für die Gemeindeorgane wird teilweise aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gefolgert[3]. Richtigerweise läßt sich aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG jedoch nur das Erfordernis einer demokratisch gewählten Volksvertretung ableiten, während man hinsichtlich der demokratischen Legitimation der von den sonstigen Gemeindeorganen ausgeübten Gewalt auf den allgemeinen in Art. 20 Abs. 2 GG festgelegten Grundsatz zurückgreifen muß[4]. Im Ergebnis bedürfen daher alle Organe der Gemeinde, die unter Inanspruchnahme des Selbstverwaltungsrechts tätig werden, der demokratischen Legitimation durch das Gemeindevolk. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner besonderen Erwähnung, daß in diesem Sinne demokratisch legitimiert auch die von der Volksvertretung gewählten Organe wie in vielen Gemeindeordnungen Bürgermeister und Verwaltungsspitze sind.

Dieser Auslegung widerspricht es nicht, daß in Art. 28 Abs.1 Satz 2 GG "nur" die Bildung einer Volksvertretung zwingend vorgeschrieben ist. Es wäre falsch, daraus den Schluß zu ziehen, die anderen Gemeindeorgane bedürften keiner demokratischen Legitimation. Denn Art. 28 Abs.1 GG stellt damit das zwingende Erfordernis der Bildung eines Repräsentativ-Organs auf, an dessen Stelle nur die Gemeindeversammlung treten darf, ohne damit zu den Erfordernissen bei der Bildung der anderen Gemeindeorgane Stellung zu nehmen. Für diese gilt, wie gesagt,

---

1) Auf das Spannungsfeld zwischen originärer und abgeleiteter Hoheitsgewalt weist Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 46, hin.

2) E. Becker, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, IV/2, S. 687; Köttgen, HBKWP I, S. 199; Wernicke, in BK, Anm. 1 f. zu Art. 20; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 273; Scheuner, AfK 1 (1962), S. 163.

3) v. Unruh, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 92; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 276.

4) Ähnlich Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 54.

der allgemeine, aus Art. 20 GG entwickelte Grundsatz der demokratischen Legitimation aller öffentlichen Gewalt. Dieses Ergebnis wird nicht zuletzt dadurch gestützt, daß keine deutsche Gemeindeordnung Gemeindeorgane kennt, die nicht vom Gemeindevolk unmittelbar oder bom Gemeinderat mittelbar gewählt wird. Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß sich zwar auf der Ebene des Grundgesetzes keine Aussage über die Kompetenzverteilung zwischen den Gemeindeorganen treffen läßt, aber aufgrund des Demokratieprinzips die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben nur durch demokratisch legitimierte Gemeindeorgane erfolgen darf.

4. Folgerungen für die erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften

a) Die nicht delegationsfähigen Entscheidungen

Das allgemeine Postulat der Wahrnehmung der Erfüllungsverwantwortung durch die demokratisch legitimierten Organe der Gemeinde läßt die Zulässigkeit der Delegation von Verwaltungsaufgaben grundsätzlich unberührt. Es verpflichtet die Gemeinde jedoch, sich einen bestimmenden Einfluß auf die grundsätzlichen Unternehmensentscheidungen wie insbesondere des Umfangs und der Bedingungen der Leistungsgewährung zu bewahren. Bei der naturgemäß schwierigen Ermittlung derjenigen Entscheidungen, die sich danach die Gemeinde vorbehalten muß, erscheint es hilfreich, die in der allgemeinen Diskussion um die Erweiterung der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst gewonnenen Ergebnisse parallel heranzuziehen. Denn auch dort besteht das Problem darin, das Spannungsverhältnis zwischen Mitbestimmungsverlangen und grundgesetzlich geforderter Entscheidungsmacht der demokratisch legitimierten Exekutive miteinander in Einklang zu bringen[1]. Insbesondere die von der Aufgabenstellung her vergleichbaren Verhältnisse in den Eigenbetrieben können einen Anhaltspunkt dafür geben, welche Entscheidungen sich die Gemeinde vorbehalten muß. In den Eigenbetriebsgesetzen der Länder - mit Ausnahme Berlins - sind dies im wesentlichen:

---

1) Vgl. dazu schon BVerfG E 9, 268, 281 f.; kritisch Stein, Arb u. R 1973, 225 f.; das BPersVG vom 15.März 1974 bleibt aus den genannten Gründen weit hinter dem BetrVG 1972 zurück.

die Feststellung der Tarife (die Fahrpreise, Gas- und Stromtarife), die Aufstellung der Wirtschaftspläne, den Jahresabschluß und die Gewinnverwendung bzw. Verlustdeckung, die Kapitalausstattung, Darlehnsaufnahme und Bürgschaften, Verfügung über Betriebsvermögen, Rechnungskontrolle und Abschlußprüfung[1].

Interessanterweise sieht auch der Modellentwurf der Gewerkschaft ÖTV für die Stellung des Verwaltungsrats der Eigenbetriebe gegenüber dem Gemeindeparlament in den Alternativen 1 und 2 vor, daß entweder die Beschlüsse des Verwaltungsrats in den oben bezeichneten Angelegenheiten dem Gemeindeparlament zur endgültigen Entscheidung vorgelegt oder zumindest von diesem ratifiziert werden[2].

Der so zusammengestellte Aufgabenkatalog ist durch das Bemühen gekennzeichnet, den Gemeinden diejenigen Entscheidungskompetenzen vorzubehalten, die zur Wahrung der Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Das letztgenannte Ziel stimmt - wenngleich die Eigenbetriebe organisatorisch stärker in die Gemeindeverwaltung einbezogen sind - mit dem allgemeinen Postulat der Sicherung der Erfüllungsverantwortung durch die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane überein, infolgedessen dürften auch die genannten Aufgaben sachlich in etwa das markieren, was sich die Gemeinden an Entscheidungen bei den kommunalen Eigengesellschaften vorbehalten müssen.

b) Möglichkeiten zur Durchsetzung der Erfüllungsverantwortung

Mit den bisherigen Überlegungen wurde der Versuch unternommen, die Mitbestimmungsproblematik in den allgemeinen Zusammenhang der Delegation von Verwaltungsaufgaben im staatlichen und kommunalen Bereich einzuordnen und dabei die grundgesetzlich determinierten Bedingungen solcher Delegationsmöglichkeiten zu ermitteln. Von diesem methodischen

1) Vgl. Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, S. 13, sowie die dort gegebenen Hinweise (insbes. Fußn. 21).
2) Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Drei Modellentwürfe der Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1969, S. 13.

Ansatz her konnte das Ergebnis der Untersuchung keine generelle Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit der erweiterten Mitbestimmung sein, sondern nur das Ausmaß der von der Gemeinde mindestens zu wahrenden Einflußrechte ermitteln. Dabei mußte zwangsläufig unberücksichtigt bleiben, daß den Gemeinden theoretisch zwei Wege zur Durchsetzung von Ingerenzrechten zu Gebote stehe:
Erstens der Weg der sachlichen Beschränkung der von den mitbestimmten Unternehmensorganen zu entscheidenden Fragen zugunsten der Gemeindeorgane, der praktisch eine starke Relativierung der mit der Wahl der privaten Rechtsform gerade bezweckten größeren Beweglichkeit der Unternehmen zur Folge hat. Rechtlich stellt sich hierbei die Frage, in welcher Form solche Entscheidungsvorbehalte eingeführt werden können und ob nach dem GmbH- bzw. Aktienrecht eine Einschränkung der Organkompetenzen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung bzw. Aktiengesellschaften überhaupt zulässig ist[1].

Als ein zweiter Weg zur Sicherung der Entscheidungskompetenzen bei den demokratisch legitimierten Gemeindeorganen bietet sich die in der Praxis übliche Entsendung von Gemeinderatsmitgliedern in die Organe der Unternehmen an. Hierbei taucht die Frage auf, ob nicht die kommunalen Gesellschaften durch ihre private Rechtsform und die damit verbundene unabhängige Stellung auch der dem Gemeinderat angehördenden Organwalter per se soweit aus der Gemeinde ausgegliedert sind, daß die Sicherung eines bestimmenden Einflusses unabhängig von der Mitbestimmungsregelung überhaupt unmöglich ist[2].

---

1) Nach ganz überwiegender Auffassung erlaubt das GmbH-Recht schon aufgrund der dort herrschenden Satzungsfreiheit, daß die Gesellschafter die Zusammensetzung des Aufsichtsrates beliebig festsetzen. Im Aktienrecht kann dies wegen der dort herrschenden Satzungsstrenge nicht in die Satzung aufgenommen werden. Die Hauptversammlung ist jedoch bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder frei, was den Abschluß von Stimmbindungsverträgen mit einschließt; vgl. Raiser, RdA 1972, 67; Hensche, Arb u. R 1971, 34; Biedenkopf-Säcker, ZfA 1971, 265 f., jeweils m.w.N.

2) Diese Befürchtung äußert Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 70.

c) Schlußfolgerungen für die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle

Es liegt auf der Hand, daß die damit aufgeworfenen Fragen vor einer generellen Stellungnahme zur Frage der Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften der Klärung bedürfen. Gleichwohl können aus den gisher gewonnenen Ergebnissen für die praktizierten Mitbestimmungsmodelle Schlußfolgerungen gezogen werden:
Denn die bisher vorliegenden Stimmbindungsverträge enthalten überhaupt keine Kautelen zugunsten eines Entscheidungsvorbehaltes der Gemeindeorgane; soweit die Vertreter der Arbeitnehmer in allgemeinen Formulierungen auf die mit dem Betrieb eines gemeindlichen Versorgungsunternehmens verbundenen öffentlichen Zwecke verpflichtet werden, handelt es sich um nicht justiziable Programmsätze, die zudem die Arbeitnehmervertreter nicht zu demokratisch legitimierten Gemeindeorganen bzw. Teilen von solchen machen. Das ist erst recht der Fall, wenn die erweiterte Mitbestimmung durch schlichte Zuwahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat eingeführt wird.

Bei der Entsendung von Gemeinderatsmitgliedern in den Aufsichtsrat ist, wenn man mit der herrschenden Meinung diesen Weg zur Sicherung hinreichenden gemeindlichen Einflusses bejaht, bei der rein paritätischen Besetzung der Organe sicherlich keine Übereinstimmung mit dem Postulat der Wahrnehmung der Erfüllungsverantwortung durch die Gemeindeorgane gegeben, da diese ihre Vorstellungen im Streitfall nicht durchsetzen können. Aber auch bei dem in der Praxis überwiegend üblichen sog. Oberbürgermeistermodell, bei dem dieser automatisch der 11., 15., 21. Mann ist, erscheint das Übergewicht der Ratsmitglieder so gering, daß von einer unbedingten Durchsetzungsmöglichkeit der gemeindlichen Interessen nicht gesprochen werden kann. Hierbei muß man sich vor Augen halten, daß im Montanbereich, an den dieses Modell angelehnt ist, der neutrale Mann Pattsituationen und damit die Blockade von Entscheidungen vermeiden soll, während es sich bei den kommunalen Eigengesellschaften um die Absicherung eines grundgesetzlich geforderten Übergewichts der kommenden Seite handelt. Zugegebenermaßen ist die Quantifizierung solcher qualitativer Forderungen im Sinne einer einzig richtigen Lösung

kaum möglich; dennoch erscheint eine Stimme Mehrheit angesichts der Möglichkeit des Fehlens oder Ausscherens nur eines Ratsmitgliedes zur Übernahme der Erfüllungsverantwortung durch die allein demokratisch legitimierten Ratsmitglieder zu gering. Diesem Ziel dürfte etwa die zur Zeit geltende gesetzliche Regelung der §§ 76 und 77 BetrVG 1952, die zu einem Drittel Arbeitnehmervertreter vorsehen, gerecht werden.

Die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle entsprechen daher dem Postulat der Sicherung der Erfüllungsverantwortung durch die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane nicht und sind daher als grundgesetzwidrig abzulehnen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse dieses Abschnittes

1. Auf staatlicher Ebene erfahren das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes gewisse Einschränkungen durch die funktionelle Selbstverwaltung sowie das Bestehen eines Raumes ministerialfreier Verwaltung, die jedoch die Rückbindung allen staatlichen Handelns an das Parlament im Grundsatz unberührt lassen. Auf Gemeindeebene gilt das Gewaltenteilungsprinzip nicht, so daß die für den staatlichen Bereich geltenden Grundsätze hinsichtlich der parlamentarischen Kontrolle nicht unbesehen auf den kommunalen Bereich übertragen werden können.

2. Grundsätzlich hat der Staat das Recht, sich Aufgaben zu setzen und sie entweder selbst oder durch Delegation auf Private zu erfüllen. Er muß jedoch seine Erfüllungsverantwortung sowie insbesondere die Beachtung der Grundrechte durch Schaffung von an dem Ausmaß der ausgelagerten Kompetenzen orientierte Aufsichts- und Weisungsrechte sicherstellen. Auf Gemeindeebene entspricht dem eine die Gemeinde als Ganzes, d.h. die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane treffende Erfüllungsverantwortung.

3. Ihrer Erfüllungsverantwortung kann die Gemeinde gerecht werden, indem sie entweder die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen den Gemeindeorganen überläßt oder sich in den Organen der Gesellschaft ein deutliches personelles Übergewicht sichert.

4. Die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle stimmen mit diesen Forderungen nicht überein und sind daher grundgesetzwidrig.

4. Abschnitt

Die gemeinderechtliche Problematik

I. Die von den Gemeindeorganen zwingend zu wahrenden Einflußrechte

1. Problemstellung

Die paritätische, aber auch die qualifizierte Mitbestimmung in den Aufsichtsorganen der Eigengesellschaften setzt begrifflich voraus, daß sich die Gemeinde ihres Rechtes zur Personalauslese bei der Besetzung dieser Organe zugunsten der Arbeitnehmervertreter zumindest teilweise begibt. Dies ist bei der Einführung der Mitbestimmung durch Stimmbindungsverträge, in denen sich die Gemeinde zur Zuwahl von Arbeitnehmervertretern rechtlich verpflichtet, eindeutig, während bei der schlichten Zuwahl von Arbeitnehmervertretern de facto der gleiche Zustand geschaffen wird, ohne daß damit jedoch eine rechtliche Bindung der Gemeinde einhergeht. Aus diesem Grunde können beide Formen der Einführung der erweiterten Mitbestimmung nicht ohne weiteres gleich beurteilt werden. Während nämlich die Gemeinde beim Abschluß von Stimmbindungsverträgen ihre Entschließungsfreiheit hinsichtlich der Besetzung der Aufsichtsorgane einschränkt, indem sie sich zur Wahl der von der Gewerkschaft vorgeschlagenen Arbeitnehmervertreter verpflichtet, verbleibt ihr diese Entschließungsfreiheit zumindest formal, wenn sie aus eigenem Antrieb die entsprechende Anzahl von Arbeitnehmervertretern zuwählt. In diesem Fall kann ein Rechtsverstoß nur dann vorliegen, wenn die Gemeinde nicht nur zur Besetzung der Aufsichtsorgane mit Vertretern ihres Vertrauens, sondern zur Entsendung von Ratsmitgliedern verpflichtet ist.

Vorab ist jedoch zu fragen, ob sich aus den hier zu erörternden gemeinderechtlichen Grundsätzen überhaupt eine Verpflichtung der Gemeinden entnehmen läßt, sich einen bestimmenden Einfluß auf die kommunalen Eigengesellschaften zu bewahren. Ging es auf der Ebene des Grundgesetzes darum, für den Tatbestand der Erbringung öffentlicher Leistungen durch Private allgemeine Leitlinien aufzustellen, so ist nunmehr die wirtschaftliche

Betätigung der Gemeinden als konkrete Fallgruppe anhand der gemeinderechtlichen Grundsätze zu untersuchen. Auch hier besteht der Konflikt darin, ob sich die mit der privaten Rechtsform verbundene institutionelle Verselbständigung mit der öffentlichen Zweckbestimmung der erbrachten Leistung in Übereinstimmung bringen läßt. Es empfiehlt sich daher, zunächst den Umfang der von den Gemeinden zwingend zu wahrenden Einflußrechte zu ermitteln und sodann zu fragen, ob und in welcher Form dieser Einfluß geltend gemacht werden kann.

2. Gemeinderecht und Ingerenzpflicht

a) Positivrechtliche Bestimmungen in den Gemeindeordnungen

Ausdrückliche Bestimmungen hinsichtlich der von der Gemeinde zu wahrenden Einflußrechte enthalten lediglich die Gemeindeordnungen Niedersachsens und Baden-Württembergs; und auch diese beschränken sich darauf, die Gemeinden allgemein zur Wahrung ihres Einflusses zu verpflichten[1] bzw. Veräußerungen oder sonstige Rechtsgeschäfte davon abhängig zu machen, daß die Erfüllung der Aufgaben nicht beeinträchtigt wird[2]. In den meisten übrigen Gemeindeordnungen findet sich im Anschluß an § 67 DGO der Hinweis, daß der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigen muß[3], während

---

1) § 115 Abs.1 nds. GO:"Die Gemeinden sollen ihren Besitzstand an ihren wirtschaftlichen Unternehmen (Eigenbetrieben und Eigengesellschaften) und den wirtschaftlichen Unternehmen, an denen sie beteiligt sind, erhalten und ihren Einfluß auf die Unternehmen wahren."

2) § 89 GO Baden-Württemberg:"Die Veräußerung eines solchen oder einer Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen sowie andere Rechtsgeschäfte, durch welche die Gemeinde ihren Einfluß auf das wirtschaftliche Unternehmen verliert oder vermindert, sind nur zulässig, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigt wird."

3) § 80 Abs. 1 GO Rheinland-Pfalz; § 98 Abs.1 GO Hessen; § 89 Abs.1 nds. GO; §82 Abs.1 a.u.b GO Schleswig-Holstein; vgl. zu den redaktionellen Unterschieden: Suren, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II (1960), S. 139 f.

nach Art. 75 Abs. 1 Ziff. 1 bay. GO der öffentliche Zweck, nach § 69 Abs. 1 Ziff. 1 GO NW ein dringender Zweck das Unternehmen erfordern muß.

b) Öffentlicher Zweck und Ingerenzpflicht

Im kommunalrechtlichen Schrifttum wird aus dem Erfordernis der öffentlichen Zweckbestimmung ganz überwiegend gefolgert, daß die Gemeinden zur Wahrung eines bestimmenden Einflusses auf die kommunalen Unternehmen verpflichtet sind[1]. Offensichtlich wird diese Ableitung für so selbstverständlich gehalten, daß eingehende Begründungen fehlen, während die Frage der Durchsetzbarkeit des gemeindlichen Einflusses ausführlich erläutert wird. So schreibt z.B. A. köttgen[2], der öffentliche Zweck der Unternehmen sei im Zweck der Gemeinde notwendigerweise eingeschlossen, so daß ohne Rücksicht auf die Rechtsform kein Raum bestehe, innerhalb dessen sich legitime Autonomie entfalten könne, während Hans-H.Klein darauf abstellt[3], daß die öffentliche Verwaltung in allen ihren Gliederungen dem Einfluß des Trägers unterworfen sein müsse, dieser müsse Herr im Hause sein, wobei sich die Zuordnung zur öffentlichen Verwaltung aus der Zugehörigkeit der wahrgenommenen Aufgaben zum Bereich der Daseinsvorsorge ergebe.

Daß gegen eine Ableitung von Ingerenzpflichten aus dem öffentlichen Zweck, aus der Zuordnung zum Bereich der Daseinsvorsorge, Bedenken bestehen, wurde schon in anderem Zusammenhang erwähnt[4]: gerade das Nebeneinander von in

1) Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S.607;H.-H.Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S.91; Rüfner, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S.261; Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 56 f.

2) Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 607/608.

3) H.-H.Klein, a.a.O., S. 91 f.; ähnlich Pagenkopf, Kommunalrecht, S.331; Forsthoff, Lehrbuch, S. 567; Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, Dissertation Hamburg 1966, S. 74.

4) Siehe oben S. 63 ; eine ausführliche Darstellung dieser Bedenken, speziell hinsichtlich der kommunalen Versorgungsunternehmen, findet sich bei Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S.30 f.,45 f.,der mit Recht bezweifelt, daß der normative Gehalt der Begriffe öffentlicher Zweck- und Daseinsvorsorge ausreichend ist, um eine Zuordnung zur Verwaltung zu rechtfertigen.

privater und in öffentlicher Hand befindlichen sowie gemischten Versorgungs- und Verkehrsunternehmen macht deutlich, daß allein aus der Art der wahrgenommenen Aufgaben keine spezifischen kommunalen Ingerenzpflichten hergeleitet werden können[1]. Käme es darauf an, daß die kommunalen Unternehmen Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, dann müßte man für die privaten Unternehmen, die die gleichen Leistungen erbringen, die gleichen Einflußrechte fordern.

Das Erfordernis der öffentlichen Zweckbestimmung bei der Errichtung, Übernahme oder Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens verfolgt offensichtlich ebenso wie das regelmäßig in den gleichen Bestimmungen der Gemeindeordnungen enthaltene Erfordernis, daß der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann (Subsidiaritätsprinzip)[2], ein anderes Ziel, nämlich das "Konkurrenzverhältnis" zwischen kommunalen und privaten Unternehmen zu ordnen. Die Kommunen dürfen nur bei Vorliegen eines öffentlichen Zwecks, also nicht rein erwerbswirtschaftlich, und dann auch nur, wenn nicht ein Privater die Leistung besser und wirtschaftlicher erbringen kann, tätig werden. Erschöpft sich der Sinn dieser Bestimmungen in der Beschränkung kommunaler Initiative auf diejenigen Fälle, in denen keine leistungsstarken Privatunternehmen vorhanden sind[3], so kann daraus auch nicht umgekehrt gefolgert werden, die Gemeinden seien zur Ausübung eines Einflusses auf die von ihnen betriebenen Unternehmen nicht verpflichtet[4]. Vielmehr enthalten die Vorschriften der Gemeindeordnungen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, ohne Aussagen darüber zu treffen, ob und in welcher Form die Gemeinden bei zulässiger Betätigung zur Einflußnahme verpflichtet sind[5].

---

1) Ähnl.Bedenken, allerdings wegen der Zuordnung zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten, äußern Fischerhof,DÖV 1965,312f. und Stern-Püttner, Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität, S.58.

2) Nach Art.75 Abs.1Ziff.3 GO Bayern genügt es sogar,"wenn der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann."

3) Motiv hierfür dürfte allerdings nicht der Schutz der Privatwirtschaft, sondern der Schutz der Gemeinden vor hohen Risiken sein, vgl.Gönnewein, Gemeinderecht,S.477.

4) So aber Thieme, Rechtsgutachten, S.45, 46 f.

5) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S.57; vgl. zum Weisungsrecht der Gemeinden gegenüber den von ihr entsandten Mitgliedern unten S. 109 f.

c) Ingerenzpflicht aufgrund öffentlicher Aufgabenträgerschaft

Es wurde schon erwähnt, daß es bei der Begründung gemeindlicher Ingerenzpflichten auf die Eigengesellschaften letztlich um die Frage geht, ob sich das Spannungsfeld zwischen der mit der privaten Rechtsform verbundenen institutionellen Verselbständigung und der öffentlichen Zweckbestimmung in befriedigender Weise auflösen läßt. Nur so ist es verständlich, daß die kommunalen Unternehmen je nach dem, ob die private Rechtsform oder der öffentliche Zweck in den Vordergrund gestellt werden, als zweckgebundene Unternehmen der Privatwirtschaft[1] oder als Bestandteil materiell-öffentlicher Verwaltung bezeichnet werden[2]. Die gleiche Problematik kommt in den Stellungnahmen zur erweiterten Mitbestimmung in den kommunalen Gesellschaften zum Ausdruck, die teils die Zulässigkeit der Mitbestimmung aus der formalen Selbständigkeit der separierten Unternehmen folgern[3] oder doch resigniert feststellen, die Gemeinden müßten die Last der Mitbestimmung als Preis für die private Rechtsform tragen[4], teils aber aus der öffentlichen Zweckbestimmung die Unzulässigkeit der Mitbestimmung herleiten[5]. Vor diesem Hintergrund ist auch die immer wieder erhobene Forderung nach einer besonderen Rechtsform für öffentliche Unternehmen zu sehen[6].

Die Zuordnung der kommunalen Unternehmen zum privaten oder öffentlichen Bereich mag im Interesse dogmatischer Klarheit wünschenswert sein, für das Problem der Ingerenz-

1) Fischerhof, DÖV 1957, 316; Stern-Püttner, a.a.O., S.124; Gönnewein, Gemeinderecht, S. 491; Depenbrock, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, S.81; Emmerich, a.a.O., S. 30.
2) Siedentopf, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, S. 68/69; H.-H.Klein, a.a.O., S.91; Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S.594; Wolff, AfK 2 (1963), 173.
3) Raiser, RdA 1972, 71.
4) Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 76.
5) Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 258.
6) Vgl. dazu Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 612 f.; Siedentopf, a.a.O., S. 27; Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 255, Fußn. 51; Rüfner, a.a.O., S. 261 f.; Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 105 f. jeweils m.w.N.

pflicht läßt sich daraus wenig herleiten. Denn die Zuordnung zum Bereich der Verwaltung beruht auf der These, jeder öffentliche Zweck lasse sich nur in der Form materiell-öffentlicher Verwaltung verwirklichen. Diese These läßt sich angesichts der identischen Tätigkeitsbereiche privater und kommunaler Unternehmen kaum aufrecht erhalten. Die Zuordnung zur Privatwirtschaft würde, soweit damit zugleich eine weitgehende Verselbständigung der Unternehmen als zulässig erachtet wird, zur Folge haben, daß ein öffentlicher Aufgabenträger tätig wird, ohne dafür verantwortlich zu sein. Gerade der letztgenannte Gesichtspunkt eröffnet jedoch einen Ansatzpunkt für eine sachliche Bewältigung der Frage nach der Ingerenzpflicht: wenn die Gemeinden nach den Voraussetzungen der Gemeindeordnungen zulässigerweise die Erfüllung von Verkehrs- und Versorgungsaufgaben übernehmen, stehen sie damit unabhängig von der gewählten Rechtsform in der Verantwortung eines öffentlichen Aufgabenträgers[1]. Nicht der öffentliche Zweck als solcher, sondern seine Verwirklichung durch die Gemeinde löst deren besondere Pflichtenstellung als Trägerin öffentlicher Verwaltung aus. Wie namentlich Ossenbühl ausgeführt hat, handelt es sich dabei um keinen spezifisch kommunalrechtlichen, sondern den allgemeinen Grundsatz, daß öffentlicher Aufgabenbereich und öffentliche Verantwortung prinzipiell deckungsgleich sein müssen[2]. Das folgt nicht zuletzt daraus, daß gegenüber dem Leistungsempfänger, dem Bürger, allein der öffentliche Aufgabenträger für die sachgemäße Erfüllung der Aufgabe einschließlich der Verwendung öffentlicher Mittel verantwortlich ist[3].

In diesem Zusammenhang ist an die bereits im 3. Abschnitt hervorgehobene Unterscheidung zwischen echter und unechter Delegation zu erinnern[4]. Bei der echten Delegation bedient sich der öffentliche Aufgabenträger bereits vorhandener Mittel Privater, während er bei der unechten Delegation die sachlichen und persönlichen Mittel selbst bereitstellt, um sie - wenn auch institutionell verselbstän-

1) Ähnlich H.-H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 91; Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 56.
2) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 56; Biedenkopf/Säcker, ZfA 1971, 256.
3) Vgl. Stern-Püttner, a.a.O., S. 127.
4) Siehe oben S. 76-77.

digt - für von ihm vorgegebene Zwecke einzusetzen. Mit dem Organisationsakt - Errichtung, Übernahme oder Erweiterung eines Unternehmens - nimmt die Gemeinde die Aufgabe selbst in die Hand, wobei es sich um eine öffentliche Aufgabe handeln muß, da den Gemeinden erwerbswirtschaftliche oder sonstige rein privatwirtschaftliche Betätigungen untersagt sind. Hierbei ist nicht allein entscheidend, daß es sich um eine öffentliche Aufgabe handelt - diese könnte ein Privater ebenso gut erfüllen -, sondern erst die Übernahme einer öffentlichen Aufgabe durch einen Träger öffentlicher Verwaltung löst dessen öffentlich-rechtliche Verantwortung aus. Bedient er sich hierbei der privaten Rechtsform, so kommt dieser der Stellenwert eines zulässigen Gestaltungsmittels zu, das jedoch die mit dem Organisationsakt begründete öffentliche Verantwortung des Aufgabenträgers unberührt läßt, von dieser gewissermaßen überlagert wird. Öffentliche Verantwortung kann nur von den Organen des Gemeinwesens übernommen werden. Soll die Zulässigkeit der privaten Rechtsform bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht zur Folge haben, daß sich der öffentliche Aufgabenträger dieser Verantwortung entziehen kann, so muß man die Gewährleistung dieser Verantwortung durch entsprechende Ingerenzpflichten fordern[1]. So gesehen stellt die Wahrung dieser Ingerenzpflicht einen allgemeinen, letztlich auch der Bindung aller öffentlichen Gewalt an die Handlungsformen des öffentlichen Rechts beruhenden Grundsatz dar, so daß es folgerichtig erscheint, die erwähnten Bestimmungen in den Gemeindeordnungen Niedersachsens und Baden-Württembergs, in denen die Gemeinden zur Wahrung ihres Einflusses verpflichtet werden, als positivrechtliche Ausprägungen dieses allgemeinen Grundsatzes anzusehen[2]. Ob man dies als Zugehörigkeit der kommunalen Unternehmen zur materiell-öffentlichen Verwaltung oder als öffentliche Zweckbestimmung eines Privatunternehmens kennzeichnet, erweist sich insofern als begriffliche, nicht sachliche Zuordnung.

---

1) So im Ergebnis Siedentopf, a.a.O., S. 55; Stern-Püttner, a.a.O., S. 127; Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 56.
2) Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 57; im staatlichen Bereich sind in diesem Zusammenhang die §§ 48 RHO, 65 BHO zu nennen, die den Staat zur Sicherung von Einflußrechten auf seine Unternehmen verpflichten.

Die eingangs gestellte Frage ist jedenfalls dahingehend zu beantworten, daß die Gemeinden aufgrund ihrer öffentlichen Aufgabenträgerschaft zur Wahrung eines bestimmenden Einflusses auf die in privater Rechtsform betriebenen kommunalen Unternehmen verpflichtet sind.

3. Staatliche oder kommunale Ingerenzrechte?

Bevor die rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung kommunalen Einflusses näher untersucht werden, ist vorab ein Einwand zu behandeln, der zwar nicht die Notwendigkeit öffentlicher, wohl aber die kommunaler Einflußnahme auf die Versorgungsunternehmen in Frage stellt. Hensche[1] und im Anschluß an ihn Raiser[2] vertreten nämlich den Standpunkt, die Notwendigkeit der Rückbindung der privatrechtlich betriebenen kommunalen Unternehmen an das Gemeinwesen sei im geltenden Recht durch externe Einflußnahme des Staates, d.h. durch Energiewirtschaftsgesetz (EnergWi G) und Personenbeförderungsgesetz (PBef G), nicht aber durch interne Einflußnahme der Gemeinde, abgesichert[3]. Die sich daraus ergebenden Schlußfolgerungen für die erweiterte Mitbestimmung in den kommunalen Unternehmen liegen auf der Hand: Auch das mitbestimmte Unternehmen bleibt der staatlichen Aufsicht unterworfen; da kommunale Ingerenzpflichten nicht bestehen, können diese auch nicht tangiert werden.

a) Sinn und Zweck staatlicher Ingerenzrechte

Die staatlichen Aufsichts- und Weisungsrechte des EnergWi G und PBef G verfolgen offensichtlich den Zweck, das öffentliche Interesse an der Versorgung mit Energie bzw. an einer geordneten Verkehrsbedienung durch Maßnahmen der Wirtschaftsaufsicht und -lenkung sicherzustellen[4]. In der Tat enthalten sowohl EnergWi G mit weitreichenden Auskunfts- und Mitteilungspflichten (§§ 3 u. 4 Abs. 1), der Möglichkeit der Festsetzung der Abnahmebedingungen und Tarife (§ 7) und

1) Hensche, Arb u. R 1971, 33f.
2) Raiser, RdA 1972, 65 f.
3) Hensche, a.a.O., S. 42 f.; Raiser, a.a.O., S. 70 f.
4) Vgl. die Präambel des EnergWi G sowie Depenbrock, a.a.O., S. 35 u. 38; Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 31.

der allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht (§ 6)[1] als auch das PBef G mit der allgemeinen Genehmigungspflicht (§§ 2 u. 9 f.) einschließlich Bedürfnisprüfung (§ 13), der Prüfung der Beförderungsbedingungen (§§ 39, 40, 45) und der Betriebs- und Beförderungspflicht (§§ 21 u. 22)[2] weitreichende staatliche Aufsichts- und Weisungsrechte. Insbesondere hinsichtlich des EnergWi G, aber auch hinsichtlich § 13 PBef G (Bedürfnisprüfung) ist wegen des Umfanges der staatlichen Einwirkungsmöglichkeiten die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf die Art. 12 u. 14 GG aufgeworfen worden[3].

b) Unterschiede zwischen privaten und kommunalen Unternehmen

Weder EnergWi G noch PBef G unterscheiden zwischen kommunalen und privaten Unternehmen, sondern knüpfen an das Bestehen eines Verkehrs- bzw. Versorgungsunternehmens ohne Rücksicht auf Rechtsform und Trägerschaft an[4]. Es stellt sich jedoch die Frage, ob bei den kommunalen Unternehmen neben den auf die Sicherung einer geordneten Energieversorgung bzw. Verkehrsbedienung abzielenden staatlichen Ingerenzrechten nicht noch solche des kommunalen Aufgabenträgers bestehen bleiben. Denn trotz der weitreichenden staatlichen Aufsichtsrechte bleibt unterhalb dieser Schwelle noch ein weiter Spielraum zur eigenverantwortlichen Ausgestaltung der Unternehmen. Dieser betrifft sowohl die innere Organisation der Unternehmen, also Fragen der Kapitalausstattung, personelle Besetzung, Investitionen u.s.w. als auch die Bedingungen der Leistungsgewährung, also Tarife u.s.w.

1) Eine ausführliche Darstellung findet sich bei E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 580-585; vgl. auch Püttner, a.a.O., S.30 f.; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S.35 f.
2) Ausführliche Darstellung bei Vogel, a.a.O.,S.38 f., 111 f.
3) Vgl. zum EnergWi G: H.-H.Rupp NJW 1968, 571 f. m.w.N. sowie zu § 8 EnergWi G, Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S.51; vgl. zu § 9 PersB G (der heutige § 13): BVerfG E 11, 168 f.
4) Nach Püttner, a.a.O., S. 34 ging es bei Schaffung des EnergWi G (1935) und des PBef G (1934), abgelöst durch das PBef G (1955) in erster Linie darum, auch die kommunalen Unternehmen der Aufsicht des Reiches zu unterwerfen.

Wenn nun die Gemeinde die Erfüllung dieser Aufgaben zulässigerweise übernimmt, so handelt sie damit nicht als der Privatautonomie unterworfener Privatunternehmer, sondern als Trägerin öffentlicher Verwaltung, die bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ihrer öffentlich-rechtlichen Verantwortung unterworfen ist. Die von Hensche[1] zum Ansatzpunkt seiner Überlegungen gemachte These, dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Versorgung bzw. Verkehrsbedienung werde durch die staatlichen Aufsichts- und Weisungsrechte Genüge getan, verkennt die unterschiedlichen rechtlichen Bindungen von rein privaten und kommunalen Unternehmen. Daß nämlich Privatunternehmen ohne kommunale Einflußmöglichkeiten die gleichen Aufgaben genauso gut erfüllen, beseitigt die öffentlich-rechtliche Verantwortung der Kommunen für ihre Unternehmen nicht[2]. Dieser allgemeinen Verantwortung jedes öffentlichen Aufgabenträgers für seinen Aufgabenbereich kann die Gemeinde nur dadurch genügen, daß sie sich durch entsprechende Ingerenzrechte die Kontrolle über das Unternehmen sichert.

Daß im Bereich der sich überschneidenden staatlichen und kommunalen Kompetenzen manches ungeklärt ist, kann hier nur angedeutet werden. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine gegenüber einem Privatunternehmen notwendige staatliche Aufsichtsmaßnahme gegenüber einer Gemeinde zulässig ist, die unter Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG, d.h. auf ihre Verantwortung im eigenen Wirkungskreis, tätig ist[3]. Hier dürfen ähnliche Gedankengänge weiterhelfen, wie sie das Zusammenwirken von Staat und Gemeinden bei den sog. res mixtae entwickelt wurden[4]; auch dürfte gegenüber den kommunalen Unternehmen eine restriktive Anwendung staatlicher Aufsichtsmittel am Platze sein[5].

Im Ergebnis lassen die staatlichen Aufsichts- und Weisungsrechte des EnergWi G und des PBef G die auf der öffentlichen Aufgabenträgerschaft ruhenden Ingerenzpflichten der Gemeinde unberührt.

---

1) Hensche, a.a.O., S. 43.
2) Püttner, a.a.O., S. 48.
3) Vgl. dazu Püttner, a.a.O., S. 49 f.
4) Siehe oben S.
5) Püttner, a.a.O., S. 50.

4. Wege zur Durchsetzung gemeindlichen Einflusses

In den bisherigen Erörterungen wurde die Notwendigkeit gemeindlichen Einflusses grundsätzlich bejaht, ohne die Wege aufzuzeigen, auf denen sich die kommunalen Interessen gegenüber einer AG oder GmbH durchsetzen können. Schwierigkeiten tauchen hierbei insofern auf, als die Gesellschaften durch ihre Rechtsform der unmittelbaren Einwirkung des kommunalen Trägers weitgehend entzogen sind, vielmehr durch das Gesellschaftsrecht, das sich naturgemäß nicht an den Besonderheiten kommunaler Interessen orientiert, von Einflüssen von außen weitgehend abgeschirmt sind. Um den Unternehmen gleichwohl eine Durchsetzung ihrer Interessen zu ermöglichen, bieten sich zwei Wege an:
Erstens der Weg der vertraglichen Vereinbarung bestimmter Entscheidungsvorbehalte zugunsten der Gemeindevertretung, wobei als rechtliche Instrumente zur Durchsetzung dieser Entscheidungsvorbehalte entweder der regelmäßig zwischen der Gemeinde als Wegeeigentümer und den Versorgungsunternehmen zu schließende Konzessionsvertrag oder ein aktienrechtlicher Beherrschungsvertrag dienen kann.

Zweitens der Weg der personellen Ingerenz, d.h. die Gemeinde besetzt in ihrer Eigenschaft als Alleinaktionär oder alleiniger Gesellschafter die Aufsichtsorgane der Gesellschaften mit Leuten ihres Vertrauens. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die in der Nachfolge von § 70 Abs. 1 u. 2 DGO in den Gemeindeordnungen der Länder enthaltenen Bestimmungen eine Erteilung von Weisungen an die von der Gemeinde entsandten Organwalter ermöglicht.

5. Ingerenzrechte aufgrund von Beherrschungsverträgen

Namentlich Pagenkopf vertritt die Auffassung, daß die Kommunen sich durch einen aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag gem. § 291 Aktiengesetz (Akt G) die Leitung der kommunalen Gesellschaften sichern können[1].
Voraussetzung hierfür ist, daß die Gemeinde als herrschendes, die kommunale Eigengesellschaft als abhängiges Unternehmen im Sinne der §§ 15 u. 17 Akt G anzusehen sind. Wenngleich der aktienrechtliche Unternehmensbegriff weit zu

1) Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 364 f.

fassen ist und Unternehmen aller Rechtsformen als herrschendes Unternehmen zuläßt, so setzt er doch aufseiten des herrschenden Unternehmens die Verfolgung eigener erwerbswirtschaftlicher Ziele voraus[1]. Den Gemeinden ist jedoch eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung untersagt; sie verfolgen bei der Gründung kommunaler Gesellschaften regelmäßig das Ziel, öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Aus diesem Grunde wird im aktienrechtlichen Schrifttum mit Recht angenommen, daß den Gemeinden der Abschluß eines Beherrschungsvertrages mit ihren Eigengesellschaften verwehrt ist[2].

6. Ingerenzrechte aufgrund von Konzessionsverträgen

Die Möglichkeiten zur Durchsetzung gemeindlichen Einflusses aufgrund von Konzessionsverträgen hängt von deren Rechtsnatur ab. Sieht man sie, wie namentlich E.R. Huber[3] im Anschluß an Otto Mayer[4] ausgeführt hat, als in Gestalt eines Vertrages gekleidete öffentlich-rechtliche Nutzungsverleihung an, so taucht hinsichtlich der weitreichenden Verpflichtungen[5] des Verkehrs- bzw. Versorgungsunternehmens das Problem des Rechtsmißbrauches durch die Gemeinde auf, die ihre Wegehoheit zur Durchsetzung einschneidender Kontrollrechte auf die Unternehmen mißbraucht[6]. Huber räumt die Möglichkeit eines Rechtsmißbrauches zwar ein, sieht sie aber als durch Gewohnheitsrecht legalisiert an[7].

Nimmt man dagegen einen privatrechtlichen Charakter der Konzessionsverträge an, dann bestehen wegen der Vertragsfreiheit im BGB auch gegen weitreichende Kontrollrechte der Gemeinde bis hin zur Grenze des § 138 Abs.1 BGB keine Bedenken.[8]

---

1) So auch Püttner, a.a.O., S.86.
2) Geßler, in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropf, Aktiengesetz, § 15 Anm.57; Würdinger, in Groß Komm.Aktiengesetz, Vorbem. §§ 15-19 Anm.4a).
3) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 566 f.
4) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2.Bd., S. 89 f.
5) Vgl. zum Inhalt der Konzessionsverträge:E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 574-576.
6) Vgl. dazu Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 47.
7) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 566/567.
8) Fischerhof, a.a.O., S. 47; Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, S. 37.

Die Rechtsnatur der Konzessionsverträge hängt weitgehend von dem Verhältnis von privatem Eigentum an öffentlichen Wegen und öffentlicher Zweckbestimmung ab. Ging früher die ganz überwiegende Auffassung dahin, daß jede Sondernutzung, wie sie z.B. die Verlegung von Leitungen und Schienen u.s.w. darstellt, lediglich einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedarf, da sie durch die öffentliche Zweckbestimmung des Weges gedeckt ist[1], so nimmt die heute herrschende Meinung an, daß Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch nicht oder nur kurzfristig beeinträchtigen, nur eine privatrechtliche Erlaubnis des Wegeeigentümers erfordern[2]. Dieser Meinung ist schon deswegen der Vorzug zu geben, weil sie dem geltenden Recht, d.h. § 8 Abs. 10 BFstr G (Bundesfernstraßengesetz) sowie den entsprechenden Bestimmungen der Landesstraßengesetze[3] entspricht. Für das Erfordernis einer privatrechtlichen Erlaubnis spricht daneben auch, daß den Gemeingebrauch übersteigende Sondernutzungen Eingriffe in das Eigentum darstellen und daher dem Wegeeigentümer nicht ohne weiteres abverlangt werden können[4]. Demgegenüber ist es Sinn der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis, die mit der Sondernutzung verbundene Beeinträchtigung des Gemeingebrauches nur aus Gründen des öffentlichen Wohls zuzulassen. Dem widerspricht es nicht, daß in den genannten Bestimmungen von dem Erfordernis der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis für die Verlegung von Versorgungsleitungen eine Ausnahme gemacht wird, da diese Ausnahme nur für kurzfristige Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches gilt.

Die hier interessierenden Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Versorgungsunternehmen sind daher privatrechtlicher Natur und können unbedenklich zum Instrument

---

1) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 571, der allerdings sowohl eine öffentlich-rechtliche als auch eine privatrechtliche Erlaubnis verlangt; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 59 III b 2, der die Lösung des § 8 Abs. 10 BFstr G für systemwidrig hält.
2) Fischerhof, a.a.O., S. 47; Emmerich, a.a.O., S. 37, jeweils m.w.N.
3) Vgl. § 23 Str G Baden-Württemberg; Art. 18 u. 20 Straßen- und Wegegesetz Bayern; § 20 Str G Hessen; § 23 Str G Niedersachsen; § 23 Abs. 1 Str G Nordrhein-Westfalen.
4) Salzwedel, Wege- und Verkehrsrecht, in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 476.

der die Gemeinde gegenüber ihren eigenen Versorgungsunternehmen treffenden Ingerenzpflichten gemacht werden; "auf der Inanspruchnahme des Eigentums kann sich", wie Fischerhof ausgeführt hat[1], "bedenkenlos ein Vertragssystem aufbauen, das die Durchführung der öffentlichen Versorgung bildet". Wenn die Gemeinde von diesem Instrument in der Weise Gebrauch macht, daß sie die wesentlichen Fragen der Unternehmensführung, insbesondere Finanzplanung einschließlich Investitionen und Kreditaufnahme sowie Festsetzung der Lieferungsbedingungen, von ihrer Zustimmung abhängig macht, ist der Forderung nach Ausübung der Verantwortung durch die Organe der Gemeinde Genüge getan, so daß keine Bedenken gegen die Einführung der erweiterten Mitbestimmung bestehen. Diese ist allerdings nur bedingt von Wert,da sie zwar gleichberechtigte Mitwirkungsrechte zur Folge hat, die entscheidenden Fragen der Unternehmensführung jedoch in die Kompetenz der Gemeindeorgane zurückverlagert sind. In der Praxis dürfte dieses Instrument zur Durchsetzung gemeindlichen Einflusses auch überwiegend gegenüber solchen Versorgungsunternehmen eingesetzt werden, die sich in privater Hand befinden. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß es gegenüber solchen gemeindlichen Verkehrsgesellschaften nicht in Betracht kommt, die nicht schienen- bzw. leitungsgebunden sind, da diese keine Konzession benötigen.

7. Ingerenzrechte aufgrund von Weisungen an die kommunalen Organwalter

a) Problemstellung

In der Diskussion um die Durchsetzung kommunaler Interessen nehmen Wesen und Umfang des in den Nachfolgebestimmungen von § 70 DGO enthaltenen Weisungsrechtes gegenüber den Vertretern in den Organen der Eigengesellschaften einen breiten Raum ein; im kommunalrechtlichen Schrifttum werden diese Bestimmungen zu Recht als positiv-rechtliche Aus-

1) Fischerhof, a.a.O., S. 47; vgl. auch Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 260; Stern-Püttner, Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität, S. 105.

prägungen der die Gemeinde treffenden Ingerenzpflicht angesehen [1]. § 70 Abs. 1 DGO bestimmt, daß der Bürgermeister die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung vertritt und von ihm bestellte Vertreter an seine Weisungen gebunden sind. § 70 Abs. 2 DGO erklärt diese Vorschrift als entsprechend anwendbar auf diejenigen Mitglieder von Aufsichtsräten und Vorständen, zu deren Bestellung der Gemeinde ein Recht eingeräumt ist. Baden-Württemberg[2], Rheinland-Pfalz[3] und Hessen[4] haben diese Regelung übernommen, während in Nordrhein-Westfalen[5] und Schleswig-Holstein[6] das Recht, die Mitglieder dieser Organe zu bestellen und ihnen Weisungen zu erteilen, beim Rat liegt; in Niedersachsen[7] gilt hinsichtlich der Mitglieder in der Gesellschafterversammlung die gleiche Regelung, jedoch fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung für die in die Aufsichtsräte und Vorstände entsandten kommunalen Vertreter.

Die Mitglieder von Aufsichtsräten und Vorständen in Aktiengesellschaften sowie die Geschäftsführung und die Mitglieder von Aufsichtsräten, soweit ein solcher nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellen ist[8], in Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind kraft zwingender Vorschriften[9] ausschließlich dem Wohl des Unternehmens verpflichtet. Der damit aufgeworfene Konflikt läßt sich letztlich wiederum auf das Spannungsverhältnis zwischen privater Rechtsform

---

1) Rüfner, a.a.O., S. 191 f.; Wolff, AfK 2 (1963), 172; Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, S. 86 f.
2) § 88 Abs. 1 GO Baden-Württemberg.
3) § 83 Abs. 1 u. 2 GO Rheinland-Pfalz.
4) § 101 Abs. 1 u. 2 GO Hessen, Weisungsrecht jedoch nicht beim Bürgermeister, sondern beim Gemeindevorstand.
5) § 72 Abs. 1 u. 2 GO Nordrhein-Westfalen.
6) § 85 Abs. 1 u. 2 GO Schleswig-Holstein.
7) § 111 Abs. 1 nds. GO; vgl. zu den Einzelheiten Suren, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd.II, S. 200 f.
8) Vgl. § 52 Abs. 1 GmbH G.
9) § 93 Abs. 2 Akt G (Vorstand), § 116 in Verb. m. § 93 Abs. 2 Akt G (Aufsichtsrat), § 43 GmbH G (Geschäftsführer), § 52 GmbH G i.Verb.m. §§ 116, 93 Abs. 2 Akt G (Aufsichtsrat der GmbH.).

und öffentlicher Zweckbestimmung zurückführen. Wenn den Gemeindeorganen ein Weisungsrecht gegenüber ihren Organwaltern zusteht, stellt sich die Frage, wie sich ein solches Weisungsrecht mit der durch Aktien- und GmbH-Recht vorgeschriebenen Unabhängigkeit der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder vereinbaren läßt. Hinsichtlich der erweiterten Mitbestimmung ist diese Frage noch nicht untersucht worden, gleichwohl von großer Bedeutung: Steht nämlich den Gemeindeorganen gegenüber den von der Gemeinde entsandten Mitgliedern ein Weisungsrecht zu, dann hält die Gemeinde eine vorzügliche Möglichkeit zur Durchsetzung ihres Willens in der Hand. Eine Verpflichtung zur Zuwahl von Arbeitnehmervertretern durch Stimmbindungsvertrag bedeutet dann eine - gegenüber der allgemeinen Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Belange - unzulässige Aufgabe von Ingerenzrechten.

b) Umfang des Weisungsrechts gegenüber gemeindlichen Organwaltern

Unproblematisch ist das Weisungsrecht der Gemeindeorgane gegenüber den in die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung von AG und GmbH entsandten Vertretern der Gemeinde, da das Gesellschaftsrecht eine Weisungsungebundenheit der Mitglieder der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung nicht verlangt[1]. Daher steht auch außer Frage, daß der Abschluß von Stimmbindungsverträgen, also die Verpflichtung in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung in einem bestimmten Sinne abzustimmen, grundsätzlich zulässig ist[2].

Ein Widerspruch zwischen Gemeinde- und Gesellschaftsrecht kann erst da auftauchen, wo es um die Erteilung von Weisungen an Mitglieder des Aufsichtsrates und Vorstandes geht. Zu diesen Fragen finden sich im Schrifttum vielfältige Äußerungen, wobei im kommunalrechtlichen Schrifttum ganz überwiegend die Zulässigkeit solcher Weisungen

---

1) Vgl. zu den Einzelheiten Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, Anm. 8 zu § 118; Baumbach-Hueck, GmbH G, Anm.3) C zu § 47.
2) Hensche, Arb u. R 1971, S. 39 f.; Raiser, RdA 1972, S. 67, jeweils m.w.N.

angenommen wird[1], während sie im gesellschaftsrechtlichen fast einmütig abgelehnt wird[2]. Um dem Problem näher zu kommen, erscheint es zweckmäßig, zunächst einmal diejenigen Fälle zu ermitteln, in denen eine Kollision von Gesellschafts- und Gemeinderecht in Betracht kommt. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die in § 70 Abs. 2 DGO und den Nachfolgebestimmungen enthaltene Regelung, daß ein Weisungsrecht nur dann besteht, wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt ist, die Mitglieder des Aufsichtsrates und Vorstandes zu bestellen. Hierzu wird in extensiver Auslegung angenommen, daß vom Sinn dieser Regelung her alle auf Betreiben der Gemeinde in Aufsichtsräte und Vorstände gelangten Organwalter weisungsgebunden sind[3]. Diese Auslegung geht jedoch über den Wortlaut des § 70 Abs. 2 DGO hinaus. Denn § 70 Abs. 2 DGO setzt ein durch Satzung oder sonstwie vertraglich abgesichertes Recht zur Bestellung voraus und nicht bloß die Möglichkeit, über die Mehrheitsverhältnisse in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung Mitglieder des Aufsichtsrates oder Vorstandes zu bestellen[4]. Sieht man einmal von dem durch die Mitbestimmungsgesetze geschaffenen Entsendungsrecht für Arbeitnehmervertreter ab, so besteht darüberhinaus ein Entsendungsrecht nur im Rahmen des § 101 Abs. 2 Akt G, der aufgrund satzungsmäßiger Bestimmungen für bestimmte Aktionäre die Entsendung von höchstens einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder ermöglicht. Für alle übrigen Organwalter gelten die allgemeinen Grundsätze, d.h. die Mit-

---

1) Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 179; Salzmann-Schunck-Hofmann-Schrick, Anm. 4 zu § 83 GO Hessen; Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, S. 233 f.; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S.193; Wolff, AfK 2 (1963), S. 173.

2) Baumbach-Hueck, Akt G, Anm. 13 zu § 101; Meyer-Landrut, in Groß Komm. Akt G, § 101 Anm.18, jeweils m.w.N.; die Entscheidung des BGH (AS 36, 296, 306), die für diese Meinung in Anspruch genommen wird, hat diese Frage ausdrücklich offengelassen und lediglich verneint, daß § 70 DGO ein Rechtssatz überpositiven Rechts enthalte; die Entscheidung betraf allerdings ebenso wie die der Vorinstanz (OLG Hamburg, MDR 1961, 327) Hamburger Verhältnisse, wo es eine dem § 70 DGO entsprechende Bestimmung nicht gibt.

3) Vogel, a.a.O., S. 181; Berkemann, a.a.O., S. 86; Quack, DVBl 1965, 348, jeweils m.w.N.

4) So Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 91; Muntzke-Schlempp, Hess. GO, Bd.1, Erläuterungen III 3a zu § 101.

glieder des Aufsichtsrates werden von der Hauptversammlung bestellt (§ 119 Abs. 1 Ziff. 1, 101 Abs. 1 Akt G), diejenigen des Vorstandes vom Aufsichtsrat (§ 84 Abs. 1 Akt G). Daraus ergibt sich, daß sich der Anwendungsbereich von § 70 Abs. 2 DGO auf die Fälle des § 101 Abs. 2 Akt G beschränkt, mit anderen Worten ein Weisungsrecht gegenüber Vorstandsmitgliedern überhaupt nicht, gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern nur, soweit sie nach § 101 Abs. 2 Akt G bestellt wurden, zulässig ist[1]. Daß § 101 Abs. 2 Akt G offensichtlich in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis zu § 70 Abs. 2 DGO steht, folgt auch daraus, daß § 101 Abs. 2 Akt G in Gestalt des § 88 Akt G 1937 eigens eingeführt wurde, um der öffentlichen Hand stärkere Einflußrechte auf ihre Unternehmen zu verschaffen[2]. So wünschenswert eine Effektuierung des öffentlichen Einflusses durch einen breiten Anwendungsbereich des Weisungsrechts nach § 70 Abs. 2 DGO sein mag, so wenig kann dieses Ziel durch eine am eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung vorbeigehende Auslegung erreicht werden. Gleichwohl ist der Anwendungsbereich für die verbleibenden Fälle nicht gering. Denn häufig genug ist die Gemeinde als Mehrheits- oder Alleinaktionär Herr der Satzung und wird von dem Entsendungsrecht nach § 101 Abs. 2 Akt G Gebrauch machen[3]. Für diese Fälle bedarf der Konflikt zwischen gemeinderechtlichem Weisungsrecht und gesellschaftsrechtlicher Verpflichtung zur ausschließlichen Wahrung der Belange der Gesellschaft der Entscheidung.

c) Weisungsrecht gegenüber den nach § 101 Abs. 2 Akt G entsandten Organwaltern

Einige Autoren haben den Versuch unternommen, dem Konflikt durch Zuordnung der Streitfrage zum Aktien- oder Gemeinderecht beizukommen, indem sie ausführen, das Akt G 1937 habe offensichtlich das Weisungsrecht der DGO 1935 unberührt gelassen und damit diese Materie eindeutig dem Kommunalrecht zugeordnet, das nach dem Kriege in die Kompetenz des Landesgesetzgebers gefallen und damit einer bundes-

1) Pagenkopf, Kommunalrecht, S. 362, 363; Püttner, a.a.O., S. 84.
2) Baumbach-Hueck, Akt G , Anm. 8 zu § 101; Quack, DVBl 1965, 345 f.
3) Rüfner, a.a.O., S. 259.

rechtlichen Regelung unzugänglich sei[1]. Gegenüber dieser Auffassung, bei der auch der Wunsch nach Aufrechterhaltung des Weisungsrechts eine Rolle gespielt haben mag, ist ebenso Skepsis angebracht wie gegenüber dem Versuch, einen möglichen Widerstreit zwischen den Interessen der Gesellschaft und der Gemeinde abzuleugnen[2]. Die reichs- bzw. bundesgesetzliche Gesetzgebungskompetenz für die Materie Gesellschaftsrecht steht ebensowenig außer Zweifel wie die landesgesetzliche für das Kommunalrecht. Wenn die Stellung von Organwaltern in Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus naheliegenden Gründen[3] ausnahmslos so ausgestaltet ist, daß sie allein dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet sind, dann beansprucht diese Regelung für kommunale Gesellschaften ebenso Gültigkeit wie für private, wenn das Gesellschaftsrecht keine Ausnahmeregelung trifft.
Andererseits kann auch dem Landesgesetzgeber nicht verwehrt werden, für den Bereich der kommunalen Unternehmen Bestimmungen zu treffen und dabei auch die Stellung der kommunalen Organwalter zu regeln.

Der Konflikt scheint kaum lösbar[4]; er verdeutlicht jedoch, daß die Benutzung privater Rechtsformen durch die Verwaltung gerade im Hinblick auf die Absicherung hinreichenden Einflusses der öffentlichen Hand problematisch ist. Eine praktikable, wenn auch nicht letztlich befriedigen-

1) Vogel, a.a.O., S. 171, der den Satz:"lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" anwenden will; dann müßte die DGO ein gesellschaftsrechtliches Spezialgesetz sein; vgl. auch Fagenkopf, Kommunalrecht, S. 363/364; Püttner, a.a.O., S. 91; Ipsen, JZ 1955, 597; kritisch gegenüber der Kompetenz des Landesgesetzgebers: Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 610.
2) So Püttner, a.a.O., S.90; in Fragen der Tarifgestaltung wie überhaupt der Lieferungsbedingungen wird das Interesse der Gesellschaft regelmäßig dahin gehen, zumindest kostendeckend zu arbeiten, während die Gemeinde z.B. soziale Gesichtspunkte verfolgen kann.
3) In erster Linie wegen der Verwaltung fremden Vermögens; vgl. Baumbach-Hueck, Anm.6 zu § 101; aber auch die Interessen der Gläubiger und der Arbeitnehmer sind zu beachten, vgl. Hefermehl, in Geßler-Hefermehl-Eckart-Kropff, Akt G, 2. Lieferung, § 93, Anm. 10.
4) Ballerstedt, DÖV 1951, 452.

de Lösung bietet eine vielfach vertretene "Kompromißformel": danach berührt das Weisungsrecht lediglich das Innenverhältnis zwischen Gemeinde und kommunalem Vertreter, d.h. ein Handeln entgegen den Weisungen des Gemeinderats bzw. Bürgermeisters läßt die Wirksamkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse unberührt[1]. Die Schwäche dieser Lösung liegt darin, daß sie das Risiko, sich entweder wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht regreßpflichtig zu machen oder sich dienstrechtlichen Maßnahmen wegen Nichtbefolgen der Weisungen auszusetzen, auf den kommunalen Organwalter verlagert. Darüberhinaus kann auch eine nur interne Weisungsgebundenheit die vom Gesellschaftsrecht geforderte Verpflichtung auf das Wohl der Gesellschaft beeinträchtigen und stellt daher, um die vielzitierte Formulierung von Ballerstedt aufzugreifen[2], einen tiefen Einbruch in die Organisationsprinzipien des Aktienrechts dar. Diese Lösung erscheint jedoch vertretbar, weil zum einen die kommunalen Organwalter, soweit es sich um Beamte und Angestellte handelt, aufgrund ihres Beamten- bzw. Angestelltenverhältnisses intern ohnehin weisungsgebunden sind, zum anderen damit ein Mindestmaß an Durchsetzungsmöglichkeit für den öffentlichen Aufgabenträger gewährleistet wird, ohne diesem ein auch nach außen abgesichertes Hineinregieren in die Organe der Gesellschaft zu ermöglichen.

c) Schlußfolgerungen für die erweiterte Mitbestimmung

Ausgangspunkt der Überlegungen dieses Abschnittes war die Feststellung, daß die Gemeinden aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabenträgerschaft zur Wahrung eines bestimmenden Einflusses auf die kommunalen Eigengesellschaften verpflichtet sind. Schwierigkeiten ergaben sich jedoch insofern, als wegen der institutionellen Verselbständigung der Eigengesellschaften nur beschränkte Möglichkeiten zur Durchsetzung dieses Postulats zur Verfügung stehen. Dabei haben sich drei Wege als gangbar erwiesen:
Erstens der Abschluß von privatrechtlichen Konzessionsverträgen zwischen Gemeinde und Versorgungsunternehmen. Wenn

1) Meyer-Landrut, in Groß Komm. Akt G, § 101 Anm. 18; Kottenberg-Rehn, GO Nordrhein-Westfalen, Anm. IV zu § 72; Stern-Püttner, a.a.O., S. 106.
2) Ballerstedt, DÖV 1951,452.

dieser so weitreichende Kautelen zugunsten von Entscheidungsvorbehalten der Gemeindeorgane enthält, daß diese alle wesentlichen Entscheidungen an sich ziehen können, ist der Forderung nach Übernahme der Erfüllungsverantwortung des öffentlichen Aufgabenträgers Genüge getan, so daß gegen eine Einführung der erweiterten Mitbestimmung keine Bedenken bestehen.

Zweitens die Erteilung von Weisungen gem. § 70 Abs.2 DGO und Nachfolgebestimmungen an die aufgrund eines Entsendungsrechtes nach § 101 Abs.2 Akt G in den Aufsichtsrat der AG und, soweit bestellt, der GmbH entsandten kommunalen Organwalter; diese Weisungen sind allerdings nur intern verbindlich.

Und Drittens - und diese Möglichkeit besteht im Gegensatz zu Erstens und Zweitens in jedem Fall - entsprechend den Mehrheitsverhältnissen in der Hauptversammlung die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates vorzunehmen, d.h. Personen in den Aufsichtsrat zu wählen, die eine mit den Interessen der Gemeinde konforme Unternehmenspolitik gewährleisten.

Auf der Ebene des Grundgestzes war die Übernahme der Erfüllungsverantwortung entweder durch Rückverlagerung der grundlegenden Unternehmensentscheidungen in die Kompetenz der Gemeindeorgane oder durch unmittelbar Wahrnehmung dieser Kompetenzen durch demokratisch legitimierte Gemeindeorgane gefordert[1]. Muß die Gemeinde in Ermangelung anderer Möglichkeiten den letztgenannten Weg beschreiten, so kann sie dies nur durch Wahl von Ratsmitgliedern in den Aufsichtsrat erreichen[2]. Denn nur diese weisen - wenn die Erteilung von Weisungen ausscheidet - aufgrund ihrer Organstellung die erforderliche demokratische Legitimation auf.

Bei der GmbH geht das Gesagte entsprechend für die Geschäftsführung und, soweit vorhanden, den Aufsichtsrat. Ohnehin sind bei der GmbH die Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Personalauslese größer, da der Grundsatz der Satzungsstrenge des Aktienrechtes für den Gesellschaftsvertrag der GmbH nicht gilt und daher im Gesellschaftsvertrag Rechte zur Bestimmung der Geschäftsführung bzw. des Aufsichtsrates verankert werden können. Es braucht nicht betont zu werden,

---

1) Siehe oben S. 92 f.
2) Ähnlich Ossenbühl, Rechtsgutachten, S. 62.

daß die Gemeinde über die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates auch diejenige von Vorstand bzw. Geschäftsführung indirekt beeinflußt.

Im Hinblick auf das Weisungsrecht und die Einflußnahme auf die personelle Besetzung der Aufsichtsorgane ist von Hensche[1] und Raiser[2] ausgeführt worden, daß diese abgeschwächten Einflußmöglichkeiten darauf hindeuteten, daß der Einfluß der Gemeinden auf ihre Unternehmen de lege lata gering sei und damit das geltende Recht die Ausgliederung aus dem Einflußbereich der Gemeinden hingenommen habe. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die der Gemeinde mit Weisungsrecht und Besetzung der Aufsichtsorgane an die Hand gegebenen Möglichkeiten wirklich so gering zu achten sind. Wenn dies der Fall wäre, müßte man fragen, ob bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privater Rechtsform nicht ein Formenmißbrauch vorliegt; jedenfalls sind die Gemeinden aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Verantwortung verpflichtet, von den bestehenden Möglichkeiten auch Gebrauch zu machen. Wenn diese Möglichkeiten nicht ausreichend sind - und insofern ist Hensche und Raiser zu widersprechen - rechtfertigt das nicht den Verzicht auf jegliche kommunale Einflußnahme.

Im Ergebnis sind daher die Gemeinden aufgrund ihrer allgemeinen Ingerenzpflicht gehalten, von der Möglichkeit der Besetzung von Aufsichtsorganen mit Personen ihres Vertrauens soweit wie rechtlich zulässig Gebrauch zu machen. Stimmbindungsverträge, in denen sich die Gemeinden in ihrem Recht auf Personalauslese auf Vorschläge der Gewerkschaft bzw. der Belegschaft einengen lassen, sind danach unzulässig. Selbst wenn, wie das in den bisher vorliegenden Stimmbindungsverträgen überwiegend der Fall ist, die Gemeinde die Vorschläge der Gewerkschaft zurückweisen kann, stellt allein die Bindung an die Vorschläge der Gewerkschaft eine unzulässige Selbstbeschränkung der Gemeinde dar, da sie sich damit selbst die Möglichkeit nimmt, die personelle Besetzung vorzunehmen.

---

1) Hensche, Arb u. R 1971, 45 .
2) Raiser, RdA 1972,71.

Aber auch eine schlichte Zuwahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat kann nicht hingenommen werden. Bei dieser Form der Einführung der erweiterten Mitbestimmung taucht zwar das mitbestimmungsrechtliche Problem nicht auf, ob die Drittelbeteiligung der §§ 76 u. 77 BetrV G 1952 durch Vereinbarungen erweitert werden darf. Aber der Forderung nach Übernahme der Erfüllungsverantwortung durch die Ratsmitglieder selbst als einzig in Betracht kommende Garanten des kommunalen Interesses wird bei der schlichten Zuwahl von Arbeitnehmervertretern ebenso wenig entsprochen wie dies bei Stimmbindungsverträgen der Fall ist.

II. Zusammenfassung der Ergebnisse des 4. Abschnittes

1. Die Gemeinden sind aufgrund ihrer öffentlichen Aufgabenträgerschaft verpflichtet, sich einen bestimmenden Einfluß auf die kommunalen Eigengesellschaft zu bewahren.

2. Als rechtlich zulässsiger Weg zur Durchsetzung gemeindlichen Einflusses kommt der Abschluß von privatrechtlichen Konzessionsverträgen, die weitgehende Entscheidungsvorbehalte zugunsten der Gemeindeorgane enthalten, in Betracht. Ist dies der Fall, so ist die erweiterte Mitbestimmung zulässig.

3. Weisungen gegenüber den in die Aufsichtsorgane der Eigengesellschaften entsandten kommunalen Vertretern kommen nur gegenüber den nach § 101 Abs.2 Akt G entsandten Vertretern in Betracht und sind lediglich intern verbindlich. Von diesem Recht sowie von der Möglichkeit, über die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung die personelle Besetzung des Aufsichtsrates bzw. der Geschäftsführung mit Ratsmitgliedern zu erreichen, hat die Gemeinde aufgrund ihrer Ingerenzpflicht soweit wie möglich Gebrauch zu machen. Eine unzulässige Nichtausübung dieses Rechtes stellt sowohl der Abschluß von Stimmbindungsverträgen als auch die schlichte Zuwahl von Arbeitnehmervertretern in die Aufsichtsorgane dar.

Schlußbemerkungen

Betrafen die angestellten Erörterungen thematisch nur die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle, d.h. die Einführung der qualifizierten oder paritätischen Mitbestimmung durch Abschluß eines Stimmbindungsvertrages zwischen Gemeinde und Eigengesellschaft, so soll wenigstens ein kleiner Ausblick auf die gesetzliche Einführung der Mitbestimmung aus der Sicht dieser Arbeit gegeben werden.

Es wurde schon erwähnt, daß der Mitbestimmungsentwurf der Bundesregierung, wenn er Gesetz wird, auch für die kommunalen Eigengesellschaften gelten wird, wenn diese mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. Demgegenüber wurde im 3. Abschnitt dieser Arbeit die These vertreten, daß die Erweiterung der Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften als Verstoß gegen den Grundsatz der demokratischen Legitimation allen öffentlichen Handelns verfassungswidrig ist. Rein formal gesehen wäre daher auch ein entsprechendes Mitbestimmungsgesetz des Bundes aus der Sicht dieser Arbeit, jedenfalls, soweit es sich auf die kommunalen Eigengesellschaften bezieht, wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip nichtig.

Selbst wenn man die angestellten Bedenken nicht in dieser Konsequenz zu teilen vermag, wird man in materieller Hinsicht die Fragwürdigkeit der Erweiterung von Mitentscheidungsbefugnissen im Bereich öffentlicher Aufgaben wegen der damit verbundenen Abschwächung demokratischer Kontrollmöglichkeiten kaum beiseite schieben können. In der bisherigen Diskussion des Regierungsentwurfes haben, soweit ersichtlich, die kommunalen Eigengesellschaften keine besondere Rolle gespielt; gleichwohl sollte überlegt werden, ob man nicht in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmen, ähnlich wie es der Gesetzentwurf für die sogenannten Tendenzunternehmen vorsieht, von dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt.

Selbst wenn man die Wirksamkeit eines eventuellen Mitbestimmungsgesetzes bejaht, ist noch ein Gesichtspunkt hervorzuheben, der die bisher praktizierten Mitbestimmungsmodelle in Unternehmen mit weniger als 2.000 Arbeitnehmern betrifft. Eine große Zahl der kommunalen Unternehmen, in denen die qualifizierte oder paritätische Mitbestimmung bereits eingeführt ist, erreicht diese Beschäftigtenzahl nicht[1]. Angesichts der besonderen Probleme der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen stellt sich die Frage, ob gerade die Kommunen über den Anwendungsbereich des Gesetzes hinausgehen dürfen, indem sie die Mitbestimmung freiwillig unterhalb der gesetzlichen Schwelle einführen.

---

1) Siehe oben Fußn. 2 , S.33.

L e b e n s l a u f

Am 25.Mai 1945 wurde ich als Sohn des damaligen Landgerichtsrates Fritz B e r n e r und seiner Ehefrau Irene, geb.Becker, als letztes von drei Kindern in Verden/Aller geboren.

Von 1952 bis 1956 besuchte ich die Volksschule in Verden, von 1956 bis 1965 das Domgymnasium , an dessen altsprachlichem Zweig ich am 23.Februar 1965 die Reifeprüfung ablegte .

Vom 1.April 1965 bis 31.März 1967 diente ich in der Bundeswehr als Soldat auf Zeit. Ich schied als Leutnant der Reserve aus .

Vom Sommersemester 1967 bis zum Sommersemester 1971 studierte ich mit Ausnahme des Sommersemesters 1968, das ich an der Universität Hamburg verbrachte , an der Universität Göttingen Rechtswissenschaft .

Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 29.7.1971 ab .

Die Referendarausbildung führte ich in der Zeit vom 1.1o.1971 bis zum 3o.11.1974 durch. Zur Fertigung meiner Dissertation war ich während des Wintersemesters 1972 für 9 Monate vom juristischen Vorbereitungsdienst beurlaubt. Ich erhielt während dieser Zeit ein Stipendium nach dem Graduiertenförderungsgesetz .

Die grosse juristische Staatsprüfung legte ich am 28.November 1974 ab .

Seit dem 18.Dezember 1974 bin ich beim Landgericht Verden/Aller als Rechtsanwalt zugelassen.

Reinhardt Berner